

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

Du Risque et de l'Opinion du Risque
pour l'Assureur
dans l'Assurance de Dommages

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

M. CASTANIÉ André

pour obtenir le grade de Docteur en Droit

JURY :

MM. MORIN, doyen, *président*

BECQUÉ, professeur

VIALLETON, professeur

} *Assesseurs*

MONTPELLIER
IMPRIMERIE DU PROGRÈS

7, Rue Castel-Moton - Téléphone 51-85

1937

**Du Risque et de l'Opinion du Risque
pour l'Assureur
dans l'Assurance de Dommages**



A MES PARENTS

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, Professeur de Droit Commercial.

ANTONELLI, professeur d'Economie politique.

DELBEZ, professeur de Droit Constitutionnel.

TISSET, professeur d'Histoire du Droit.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

VALÉRY, Doyen honoraire.

DONAT, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY

Président, M. MORIN, doyen

*Assesseurs : { MM. BECQUÉ, professeur
VIALLETON, professeur*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Qu'entend-on par risque d'assurance?	13
--	----

Première Partie

La technique du risque dans l'assurance de dommages.	
TITRE I. — Le déplacement du risque, but du contrat vis-à-vis de l'assuré	19
Chapitre I. — Nécessité du risque	20
Section I. — Risque déjà réalisé	20
§ 1 En Droit maritime.	
§ 2 En Droit terrestre.	
Section II. — Risque dont la réalisation n'est plus possible	30
Chapitre II. — Intérêt de l'assuré à la non-réalisation du risque	35
Section I. — L'Assurance contrat d'indemnité	36
§ 1 Pourquoi a-t-on interdit l'assurance pari?	
§ 2 Conséquences du caractère indemnitaire de l'assurance.	
a) Exagération de valeur.	
b) Assurances cumulatives.	
c) Dans l'assurance de dommages, l'assuré perd tous ses droits contre l'auteur du sinistre lorsqu'il a touché l'indemnité d'assurance.	

Section II. — La notion d'intérêt assurable.....	49
§ 1 Fondement de cette nécessité de l'intérêt.	
§ 2 Place de l'intérêt dans le contrat.	
§ 3 Théories de l'intérêt.	
a) Théorie d'Audemann.	
b) Théorie de Kisch: Système de l'intérêt subjectif.	
c) Théorie d'Ehrenberg: Système de l'in- térêt objectif.	
§ 4 Définition de l'intérêt.	
§ 5 Nature et conditions qu'il doit remplir.	
§ 6 Conséquences de la nécessité de l'intérêt.	
a) Assurance sur le patrimoine futur.	
En droit maritime.	
En droit terrestre.	
b) Assurance pour compte d'autrui et pour compte de qui il appartiendra.	
 TITRE II. — Le Risque pour l'assureur	74
Chapitre I. — Caractère des opérations d'assurance vis-à-vis de l'assureur	77
Section I. — Absence d'aléa pour l'assureur	78
Section II. — Nature juridique du contrat d'assurance	85
Chapitre II. — Risques susceptibles d'être assurés....	93
Section I. — Assurance et amortissement	94
Section II. — Le fait de l'homme	98
§ 1 Le fait d'un tiers.	
§ 2 Le fait de l'assuré.	

Deuxième Partie

L'opinion du risque pour l'assureur	105
TITRE I. — Le contrat en droit commun et en matière d'assurances	109
Chapitre I. — En droit commun	109

Section I. — Liberté contractuelle et force obligatoire du contrat	109
§ 1 Autonomie de la volonté.	
§ 2 Force obligatoire.	
Section II. — Le consentement et ses vices	112
§ 1 Situation des contractants.	
§ 2 Le consentement.	
Chapitre II. — La situation des contractants dans le contrat d'assurance	117
Section I. — Les renseignements de l'agent. Le rôle de l'inspecteur	118
Section II. — L'obligation pour l'assuré de déclarer exactement le risque	122
TITRE II. — La déclaration des circonstances permet- tant l'exacte appréciation des risques	126
Chapitre I. — Fondement et étendue de l'obligation de déclarer exactement les risques au moment du contrat	126
Section I. — Fondement	126
Section II. — Etendue	132
§ Il faut que le fait soit de nature à modifier l'opinion du risque chez l'assureur.	
§ 2 Il faut que l'assuré ait eu connaissance du fait.	
Chapitre II. — Sanction des fausses déclarations et des réticences de l'assuré	137
Section I. — Solutions légales	137
§ 1 En Droit maritime.	
a) Des personnes à qui appartient la nullité.	
b) Des preuves à fournir.	
c) Des dommages intérêts complémen- taires.	

§ 2 En Droit terrestre.	
<i>a)</i> Assuré de mauvaise foi.	
<i>b)</i> Assuré de bonne foi.	
Section II. — De la nature juridique de ces sanctions	150
§ 1 De la nature juridique de la nullité prévue par l'article 348 du Code de Commerce.	
§ 2 De la nature juridique de la nullité prévue par l'article 21 de la loi du 13 juillet 1930.	
Chapitre III. — De l'aggravation des risques	163
Section I. — De l'extension de l'article 348 à la non-déclaration des aggravations par la jurisprudence.	
Section II. — De l'aggravation d'après la loi du 13 juillet 1930	167
§ 1 Solutions légales.	
§ 2 Des sanctions.	
Chapitre IV. — Connaissance par l'assureur des faits non déclarés par l'assuré	172
Section I. -- Droit maritime	172
<i>a)</i> Connaissance par l'assureur du fait omis lors de la conclusion du contrat.	
<i>b)</i> Connaissance par l'assureur de l'aggravation.	
Section II. — Assurances terrestres: loi 1930	177
CONCLUSION. — Evolution et avenir des assurances	179

INTRODUCTION

D'après M. Hémar, un risque, c'est une éventualité défavorable qui fait naître un besoin.

D'après cette définition, constituera un risque tout événement aléatoire qui menace l'homme, dans son patrimoine et dans sa personne physique (1).

Mais le vocabulaire peu étendu en matière d'assurances fait qu'on n'a pas employé le mot Risque que dans ce sens restreint.

Ce sera encore, par une extension facilement explicable, l'objet qui est exposé aux dangers extérieurs.

Et, dans un sens plus technique, ce sera la balance des chances bonnes ou mauvaises quant à la réalisation de ce danger, ce sera la probabilité du sinistre.

Mais le même mot n'est appliqué à des situations différentes que parcequ'il existe entre elles un lien qui a permis d'étendre la même appellation de l'une à l'autre.

Un événement, un fléau quelconque, ne devient un danger pour celui qui l'envisage, qu'autant qu'il le menace. Une tempête, par exemple, qui se déroulerait

(1) Le risque n'est un événement malheureux, un sinistre, que dans les assurances dommages; il peut, dans d'autres assurances, être constitué par un événement heureux. M. RIPERT (*Traité de Droit civil français*, p. 555, n° 1254), dit: « Le risque, c'est l'éventualité de l'événement dont la réalisation doit obliger l'assureur à fournir sa prestation. Cet événement peut être heureux (survie ou mariage) ou malheureux (incendie, grêle).

en plein désert, n'est pas un risque; si elle sévit dans une région habitée, elle le devient, parce que, si elle ne cause pas obligatoirement de dommages, elle peut en occasionner.

C'est ce qu'exprime M. Hémard, lorsqu'il dit, dans sa définition: un événement défavorable qui *fait naître un besoin*. L'éventualité ne sera défavorable pour l'individu qu'autant qu'elle fera naître chez lui un besoin, les deux notions sont intimement liées. Cela revient à dire qu'il n'y a pas de cause sans objet auquel elle s'applique, on ne peut voir l'un sans apercevoir immédiatement l'autre; et c'est tellement vrai, qu'ici, on a donné le même nom à la cause et à l'objet.

De tous temps, les hommes ont été entourés de risques, la mort, la maladie, les fortunes de mer, les épidémies décimant les troupeaux, la grêle et les inondation ravageant les récoltes, l'incendie détruisant les foyers.

Et, de tous temps, ils ont recherché la sécurité, la stabilité. Ils ont d'abord essayé de l'obtenir en se protégeant contre les fléaux; ils ont clôturé leurs domaines, élevé des ouvrages de protection contre les éboulements, construit des chaussées contre l'inondation. Et, ce besoin de sécurité les poussant, ils sont arrivés dans quelques cas à faire supporter les effets d'un événement malheureux à autrui (1). Peu à peu, cette pratique s'est multipliée, des gens se sont spécialisés à suppor-

(1) D'après LEFORT, dans *L'Histoire du contrat d'assurances au moyen âge*, par BENSA, traduit par M. VALÉRY, p. VII: « Les Romains trouvaient pratique, par exemple, d'ajouter accessoirement, une clause de garantie à un contrat de transport, et obtenaient ainsi le déplacement du risque ».

ter des risques dont on voulait se décharger, et ce fut la naissance de l'assurance (1).

Moyennant une rémunération, l'assureur se chargera du risque que l'assuré ne voudra plus courir. Et, à l'origine, l'assureur fixait approximativement la prime à son client.

Mais, plus tard, après l'apparition de statistiques scientifiquement établies, le calcul des probabilités permettra à l'assureur de fixer une prime non plus empiriquement, mais d'après des calculs rigoureux. Et alors qu'à l'origine, l'assureur s'attardait à un examen minutieux du risque, maintenant il ne le voit plus, pour lui il est réduit à une simple expression mathématique, c'est un rapport de deux chiffres, une probabilité. Mais il l'appellera toujours Risque.

Ainsi, est-il donc exact que le mot Risque soit pris comme on l'a dit, dans une foule d'acceptions différentes? Nous ne le croyons pas. Nous pensons avoir suffisamment démontré, dans ce qui précède, que ce qui peut le faire croire, ce sont les différentes formes sous lesquelles il apparaît. Et même s'appliquerait-il à des situations différentes, cette appellation commune s'expliquerait par leur connexité.

Quoiqu'il en soit, dans notre sujet: *Le Risque et l'opinion du risque pour l'assureur dans l'assurance de dommages*, nous ferons abstraction de cette querelle de

(1) Nous n'ignorons pas que déjà les Phéniciens pratiquaient l'assurance implicite sous la forme du prêt à la grosse. Mais, par la spécialisation des assureurs, nous entendons signaler très schématiquement, la transformation de cette assurance implicite en une assurance ayant une fonction économique indépendante.

terminologie, et nous étudierons le Risque dans les divers sens où il est pris actuellement.

I. — Dans une première partie, nous étudierons le risque en général: un risque quelconque dans un contrat d'assurance quelconque. C'est-à-dire le Risque en lui-même. Et nous intitulerons cette première partie: *La technique du risque dans l'assurance de dommages.*

Cette partie sera divisée en deux titres:

Dans le titre I: *Le déplacement du risque but du contrat vis-à-vis de l'assurée*, nous étudierons les conditions que doit remplir un risque quelconque pour qu'une personne puisse contracter une assurance à son sujet. Pour adopter la terminologie proposée par certains auteurs, nous dirons que nous traiterons ici des conditions du danger et du péril pour l'assuré.

Et nous verrons la théorie de l'intérêt et le caractère indemnitaire de l'assurance.

Sous le titre II: *La répartition des risques fonction économique de l'entreprise d'assurance*, nous nous poserons la question: Quelles conditions doivent remplir ce danger et ce péril pour que l'assureur accepte de s'en charger?

Et nous étudierons le caractère aléatoire de l'assurance.

II. — Dans la deuxième partie: *De l'opinion du Risque pour l'assureur*, nous ne traiterons plus du risque entendu en lui-même, mais du risque en tant qu'objet du contrat.

Le Risque apparaît en effet sous deux formes différentes à l'assureur :

En tant qu'assureur, il le voit en général, il voit une probabilité. Et le Risque, ainsi entendu, doit remplir certaines conditions. C'est ce que nous avons vu dans le titre II de la première partie.

Puis, comme partie au contrat d'assurance, il l'examine en tant que contractant. Alors que, précédemment, il faisait œuvre de synthèse, maintenant il fera un travail d'analyse. Il aura à s'occuper d'un risque dans son individualité, du risque qui fait l'objet du contrat.

Ce sera l'objet de notre deuxième partie.

Et nous verrons le troisième caractère du contrat d'assurance, c'est un contrat de la meilleure bonne foi.

PREMIÈRE PARTIE

La Technique du Risque dans l'Assurance de Dommages

TITRE I

LE DEPLACEMENT DU RISQUE BUT DU CONTRAT VIS-A-VIS DE L'ASSURE

Un événement pourra constituer un risque pour l'assureur, lorsqu'il se renouvellera avec suffisamment de régularité pour qu'il puisse, à l'aide de statistiques, établir des probabilités de réalisation.

Pour l'assuré, serait un risque, tout événement imprévu, susceptible de lui occasionner un préjudice ! Mais alors, étant donné le nombre et la diversité de ces accidents, il est très difficile d'en donner une définition générale, et mieux vaut étudier les conditions qu'ils doivent remplir pour pouvoir faire l'objet d'un risque assurable.

C'est ce que nous ferons dans les deux chapitres :

1° *La nécessité du risque ;*

2° *Intérêt de l'assuré à la non réalisation du risque.*

CHAPITRE I

NECESSITE DU RISQUE

Il apparaît, *a priori*, que si le risque n'existe pas, l'assurance n'a aucune raison d'être. Par un contrat d'assurance, un homme a l'intention de se décharger des sinistres qui pourraient lui arriver, sur une Compagnie qui les prend en charge. Donc, si, pour une raison quelconque, ces sinistres ne peuvent pas se produire, le contrat devrait être, d'après les principes généraux du droit, frappé de nullité. D'une double nullité, même : pour absence d'objet de la part de l'assuré, et absence de cause du côté de l'assureur. C'est d'ailleurs ce qu'exprime l'art. 39 de la loi du 13 juillet 1930 : « L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques... »

Cet article prévoit donc deux cas : ou bien la chose a déjà péri, ou bien il n'y a plus de danger de réalisation du risque, elle n'est plus exposée au sinistre. Nous étudierons ces deux cas séparément.

SECTION I. — RISQUE DÉJÀ RÉALISÉ

Il se peut très bien qu'un homme, jusqu'alors négligent de ses intérêts et non couvert par une assurance, se montre désormais plus prévoyant et s'assure ; ou encore, déjà assuré, il ne renouvelle pas son contrat ou

le résilie pour s'abonner à une autre Compagnie qu'il juge préférable. Dans tous ces cas, il laisse s'écouler un laps de temps entre les deux assurances.

Si, au moment où l'individu assure cet objet, un sinistre l'a déjà détruit à son insu, que va-t-il se passer?

Va-t-on tenir compte de la bonne foi de l'assuré et faire supporter le risque à l'assureur? Il semble que ce soit, non seulement contraire à l'équité, mais à la nature même du contrat d'assurance qui exige l'existence d'un aléa; l'aléa ici faisant défaut, puisque le risque est déjà réalisé.

Va-t-on, au contraire, annuler le contrat sans tenir compte de la bonne foi des deux parties?

C'est une question à laquelle on ne peut répondre d'une façon générale; il faut distinguer les assurances terrestres des assurances maritimes.

§ I. — *En Droit maritime*

Voici un navire actuellement en mer, il n'est pas assuré, l'armateur, imprudent, se ravise et va demander à une Compagnie de traiter avec lui pour le voyage en cours. Tous deux ignorent le sort actuel du navire, et ils signent la police. Si, plus tard, on découvre qu'à l'heure précise où les consentements étaient échangés, le risque était déjà subi, c'est-à-dire le navire avait déjà péri, l'assurance est-elle valable?

L'article 365 du Code de Commerce dit: « Toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés, est nulle s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat l'assuré a pu être informé de la

perte ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés. » Donc, le contrat sera valable si l'assuré n'a pas été averti de la perte du navire, ou des marchandises. De plus, même, il ressort de l'article 368: « En cas de preuve contre l'assurée, celui-ci paye à l'assureur une double prime », que le législateur présume que si le risque était réalisé, il n'était pas connu par l'armateur; ce sera à l'assureur de faire la preuve du contraire.

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer la portée de cet article, les termes de l'article 365: « Toute assurance... est nulle s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat l'assuré a pu être informé... » appellent une discussion plus approfondie, quand y aura-t-il présomption?

Et c'est le Code lui-même qui nous répond, dans l'art. 366, facilitant singulièrement la preuve exigée par l'art. 368 de la part de l'assureur: « La présomption existe si, en comptant trois quarts de myriamètre par heure, sans préjudice des autres preuves, il est établi que de l'endroit de l'arrivée ou de la perte du vaisseau, ou du lieu où la première nouvelle en est arrivée, elle a pu être portée dans le lieu où le contrat d'assurance a été passé, avant la signature du contrat. » Et cette présomption est irréfragable, elle est *juris et de jure*.

Le jour de l'arrivée du naufrage est indiqué par la déclaration de naufrage du capitaine, ou de tout autre officier le remplaçant, devant les autorités judiciaires ou administratives du lieu (art. 246 Code de Commerce).

Quant au lieu où la première nouvelle est arrivée, on ne le retiendra comme tel, au sens de l'article 366,

qu'autant que la nouvelle pourrait se répandre ailleurs : ainsi, il est évident que ne serait pas le lieu de la première nouvelle une île déserte, ou même un port où les navires ne relâcheraient qu'exceptionnellement.

Quant à la date de la passation du contrat, elle est donnée par la police (art. 332) et l'on comptera par heures et non par jour.

Il est évident, et la critique est unanime sur ce point, que l'article 366 est un texte archaïque qui devrait être révisé et adapté aux pratiques commerciales modernes. Cette présomption de mauvaise foi présente deux inconvénients :

Non seulement le système de computation des distances est un système vermoulu, et si l'on veut conserver la fiction, comme dit M. Desjardin, dans son *Traité de Droit Commercial maritime*, il faut compter par heure un plus grand nombre de lieues marines qu'en 1807.

Mais encore, « et c'est là la plus grave objection que l'on puisse faire à la présomption de l'art. 366, la probabilité qu'il établit est trop éloignée de la vérité, pour que l'on puisse l'accepter aisément et la préférer à toute autre preuve. » (1).

On l'a si bien compris que la pratique a dérogé de plusieurs façons à cette disposition (2).

D'abord, les compagnies ont inséré dans les polices (art. 29 des assurances sur corps et art. 19 des assu-

(1) QUENTIN : *De l'opinion du risque dans le contrat d'assurance*.

(2) Les législations étrangères ont retranché de leurs lois ou n'y ont pas inséré cette présomption : art. 789 Code de Commerce allemand ; l'art. 196 de la loi belge de 1879.

rances sur faculté) que pour qu'il y ait présomption que l'assuré connaissait la nouvelle, il faudrait que cette nouvelle ait été connue au lieu de la passation du contrat.

Cette clause est déjà un progrès, puisque, à la connaissance théorique du sinistre, au lieu du contrat, de l'art. 366, elle substitue une connaissance effective par l'opinion publique. Cependant, il peut très bien se faire, quoique en général la nouvelle d'un sinistre se répande rapidement sur une place, que celui qui a reçu la nouvelle la tienne cachée s'il a intérêt à le faire, et l'armateur sera encore présumé être de mauvaise foi, alors que réellement il ignorait la perte de son navire.

Par l'assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles. on fait un progrès de plus: on revient au droit commun, on écarte la présomption et l'armateur ne sera convaincu de mauvaise foi que si l'assureur en fait la preuve.

Cette assurance donne pleine sécurité à l'armateur qui pourra répondre à l'assureur: « Vous me dites que tout le monde connaissait la nouvelle du sinistre autour de moi, que je la connaissais donc moi-même et que j'ai abusé de votre crédulité. Nous avons passé une assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles, voici le contrat, je prétend que je suis de bonne foi, c'est à vous de prouver le contraire ».

Par réaction contre l'art. 366, il ne fallait tout de même pas, donner une prime à la fraude: l'assuré est bien présumé de bonne foi, mais l'assureur est admis à faire la preuve de sa mauvaise foi devant les tribunaux qui apprécieront; et cette preuve contraire peut

être faite par tous les moyens, y compris les présomptions du fait de l'homme.

Les juges du fait sont souverains en la matière, c'est pourquoi on trouve certaines divergences entre les jugements. Le tribunal de commerce de Marseille, le 7 janvier 1829, décide que : « Si l'arrivée ou la perte du navire a été publiquement connue au lieu où réside la partie arguée de fraude, l'assurance sera annulée, la notoriété publique résultant suffisamment de l'arrivée de journaux ou de notes d'agences, rendus publics ou répandus sur la place. » (1). Mais, d'autre part, de nombreuses décisions, sans être en sens contraire, décident que de pareils faits sont insuffisants s'ils ne sont pas corroborés par d'autres. (Rouen, 11 juillet 1881; Dalloz, 82-2-212).

D'ailleurs, quel que soit le mode de preuve employé, l'assuré pourra encore revenir à la charge et montrer que, bien que les circonstances semblent l'accabler, il était tout de même de bonne foi : il pourra, par exemple, montrer une lettre de son capitaine l'avertissant que le navire arriverait au port avec du retard, et ainsi il pouvait croire que la nouvelle répandue par les journaux et les agences n'étaient que des manœuvres de spéculation. (Dans ce sens : Aix, 8 octobre 1813.)

La clause à tout événement est un article que l'on avait essayé d'introduire dans certaines polices et par lequel les deux parties s'interdisaient de faire la preuve de la fraude de l'une ou l'autre.

Cette clause fut vite supprimée; Doctrine et Juris.

(1) QUENTIN : *L'opinion du risque*, p. 16.

prudence lui opposèrent l'art. 6 du Code Civil: il était immoral et illicite de protéger ainsi l'auteur d'une fraude en interdisant à la victime d'en faire la preuve.

En Droit maritime, les nécessités du commerce ont amené le législateur à adopter une solution spéciale en reconnaissant la validité de la clause « Sur bonnes ou mauvaises nouvelles ». Il a cru devoir tenir compte ici de la bonne foi de l'assuré et de l'assureur: « La garantie du risque n'existait que dans leur imagination; par une fiction ingénieuse et équitable, le législateur la fait passer dans la réalité » (1).

§ II. — *En matière terrestre*

Est-ce que, dans tous les cas, la bonne foi pourra suppléer à l'existence du risque garanti?

Avant la loi de 1930, aucun texte ne visait cette situation, et on était obligé d'en chercher la solution dans les principes généraux du droit commun.

L'art. 366 du Code de Commerce est une atteinte aux principes du Droit, disait-on, il valide un contrat sans objet et sans cause puisque le risque n'existe pas. On doit donc l'appliquer strictement au droit maritime et ne pas l'étendre au droit terrestre: en conséquence, un contrat d'assurance terrestre, passé alors que le risque est déjà réalisé, sera nul.

Certains auteurs, et entre autre Cujas, essayèrent de combattre cette manière de voir. Le contrat d'assu-

(1) QUENTIN: *Opuscule cité* p. 20.

rance, disaient-il, est un contrat conditionnel. « Je m'assure si tel sinistre se produit ». Or, tout le monde admet que la condition peut être un événement déjà réalisé, pourvu que les parties n'en aient pas connaissance. L'art. 365 n'est pas contraire aux principes fondamentaux du contrat, pourquoi ne pas l'étendre au droit terrestre qui n'est régi par aucune loi?

Ces auteurs ne furent pas suivis. Ils comparaient à tort le risque à une condition.

La condition est une modalité d'un contrat, que l'on peut supprimer, sans pour cela porter atteinte à l'acte, elle n'est qu'accessoire; au contraire, supprimez le risque dans le contrat d'assurance, que reste-t-il? Autrement dit, le risque est de l'essence même du contrat; il n'en est pas la condition de réalisation. Le contrat d'assurance maritime conclu lorsque le risque fait défaut est un contrat sans objet et sans cause, le texte qui le valide ne peut être que de droit étroit et ne doit pas s'appliquer à des situations analogues.

C'est d'ailleurs ce que soutenait aussi Pothier, en se rapportant seulement aux principes généraux du Droit: « A s'en tenir aux règles du Droit naturel, lorsque les choses que quelqu'un a fait assurer n'existent plus lors du contrat et étaient déjà périées, quoique la partie fut de bonne foi et qu'elle ignorât la perte, le contrat devrait être nul faute d'une chose qui en ait été la matière; de même que le contrat de vente est nul, lorsque la chose vendue n'existait plus au temps du contrat, quoique les parties l'ignorâssent. » (1).

(1) POTHIER: *Des assurances*.

C'est l'opinion qui prévalut jusqu'à la loi du 13 juillet 1930: on distinguait alors nettement, à ce sujet, le Droit maritime que l'on considérait comme faisant exception, du Droit terrestre, où la validité du contrat était subordonnée à l'existence du risque.

La loi du 13 juillet 1930, dans son article 39, s'exprime ainsi: « l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques, les primes payées doivent être restituées à l'assuré... Dans le cas visé au premier alinéa du présent article, la partie dont la mauvaise foi est prouvée doit à l'autre une somme double de la prime de la première année. »

Cet article ne fait que confirmer la jurisprudence antérieure: le contrat d'assurance sera nul si, au moment de l'échange des consentements, le risque assuré est déjà réalisé, même à l'insu des parties. Dans ce dernier cas, l'assureur devra rembourser les primes déjà payées, sous déduction des frais que leur perception a pu lui occasionner. En cas de mauvaise foi de l'une des parties, elle sera condamnée à payer à l'autre une prime double de celle de la première année. Les deux situations sont donc très nettement tranchées et l'article 39 est catégorique, il ne laisse pas de place à une interprétation opposée, comme l'art. 365 du Code de Commerce, qui, parce qu'il contient le mot présomption, a immédiatement appelé l'idée de preuve contraire et autorisé ainsi la clause « sur bonnes ou mauvaises nouvelles ».

Ainsi donc, sur la question de savoir si le contrat d'assurance, conclu alors qu'un sinistre a déjà détruit l'objet visé est valable, nous trouvons deux solutions

différentes, selon qu'il s'agit de Droit maritime ou de Droit terrestre.

Est-ce à dire qu'il n'y aurait pas le même intérêt à valider un contrat passé dans les mêmes conditions en Droit terrestre?

Il est évident que l'on peut trouver des situations analogues à celles visées par le Droit maritime. Par exemple: un Français, au cours d'un voyage à l'étranger, peut devenir héritier d'une maison située en France, et, aussitôt qu'il l'apprend, il va s'assurer à une Compagnie américaine; si déjà un incendie a détruit cette maison, n'est-il pas équitable que sa bonne foi rende le contrat valable de même que la bonne foi de l'armateur rend valable le contrat passé par un navire en cours de voyage? N'y aurait-il pas intérêt dans cette situation à adopter une clause qui serait l'équivalent de la clause « sur bonnes ou mauvaises nouvelles » du Droit maritime?

Il est évident que dans l'hypothèse que nous avons choisie, la situation est exactement la même que celle qu'on a voulu protéger par la clause « sur bonnes ou mauvaises nouvelles ». Cependant, on ne doit pas oublier qu'en Droit terrestre elle sera exceptionnelle, alors qu'elle se présentera fréquemment en Droit maritime. Telle était déjà, en 1904, l'opinion de M. Lyon-Caen: « Il n'y a aucun intérêt à permettre des opérations de ce genre dans les assurances terrestres, et il serait à craindre qu'elles donnassent lieu à des sortes de paris. » (1).

(1) Rapport LYON-CAEN sur l'article 35 du projet de loi de 1904.

Et surtout, croyons-nous, le législateur n'a pas cru devoir étendre au Droit terrestre une combinaison acceptable en Droit maritime, en raison de la nature spéciale, indépendante même de ce Droit, mais que l'on ne pouvait admettre en Droit terrestre sans violer les principes fondamentaux des contrats.

SECTION 2

RISQUE DONT LA RÉALISATION N'EST PLUS POSSIBLE

Le Code de Commerce, dans son article 365, et la loi sur les assurances terrestres, dans l'article 39, envisagent tous deux, dans un même article, les deux hypothèses : au moment de la conclusion du contrat, ou bien le risque est déjà réalisé, ou bien il n'est plus susceptible de se produire, car l'objet n'y est plus exposé.

Nous avons préféré, au lieu de grouper dans un même paragraphe ces deux hypothèses, les étudier séparément. Le Code de Commerce et le Code Civil traitent, dans ces deux articles, du contrat ; nous, nous étudions le risque au point de vue de son existence. Et s'il est possible de grouper les deux cas parce qu'ils produisent les mêmes effets au point de vue de la validité du contrat, il est évident que de l'angle sous lequel nous les envisageons, du côté de l'assuré, ils sont au contraire opposés. Dans le premier cas, le risque est déjà réalisé lors de la passation du contrat, et si on le maintient, ce sera au détriment de l'assureur qui devra quand même régler l'indemnité d'assurance. Dans le deuxième, le risque n'est plus susceptible de se pro-

duire, et maintenir le contrat, nuira à l'assuré qui devra payer les primes.

Il n'en reste pas moins que les deux questions sont étroitement liées, et on comprend, qu'ici encore, la même opposition se marquera entre le Droit maritime et les assurances terrestres, comme elle existait pour le cas où le risque était déjà réalisé.

Supposons encore qu'un armateur veuille assurer son navire alors qu'il est déjà en cours de route. Il ira trouver une Compagnie et passera un contrat « sur bonnes ou mauvaises nouvelles ». Plus tard, on apprendra que, lors de la passation du contrat, le navire était déjà arrivé à bon port.

Dans l'hypothèse que nous avons précédemment étudié, lorsque le risque était déjà réalisé au moment de la signature, la Compagnie était responsable, la bonne foi de l'assuré avait rendu le contrat valable. Il était juste qu'inversement la bonne foi de l'assureur ait les mêmes effets, par la clause « sur bonnes ou mauvaises nouvelles » l'assureur pourra dire: « C'est entendu, le navire était arrivé à bon port lorsque nous avons contracté, mais voici la police d'assurance, elle est sur bonnes ou mauvaises nouvelles, j'ignorais cette arrivée, je garde donc les primes; prouvez, si vous le pouvez, ma mauvaise foi. »

C'est par la même évolution, permise par les termes de l'art. 365, qui, lorsqu'il dit: « S'il est présumé que l'assureur connaissait la nouvelle », laisse ainsi la place à une preuve contraire ou à une clause abolissant tout présomption légale pour revenir au droit commun, qu'on en est arrivé à cette solution en Droit maritime. Combinaison d'ailleurs équitable, car si la bonne

foi de l'une des parties est prise en considération, on ne voit pas pourquoi on rejetterai la bonne foi de l'autre.

En Droit maritime, donc, un contrat d'assurance, passé alors que l'objet n'est plus soumis aux risques, sera valable si c'est un contrat sur bonnes ou mauvaises nouvelles.

En matière d'assurances terrestres, qu'elle va être l'attitude adoptée?

Nous venons de voir que la solution donnée par le Droit maritime s'imposait, étant donnée la position adoptée pour le cas où le risque était déjà réalisé.

En droit terrestre, inversement, puisque l'on ne tient pas compte de la bonne foi de l'assuré, on ne devra pas, en équité, tenir compte de celle de l'assureur.

C'était déjà la solution adoptée par la Doctrine et la jurisprudence: « Si cette disparition du risque n'est pas le fait de l'assuré, qu'elle est le cas notamment d'un cas fortuit ou de force majeure, la police se trouve résiliée sans dommages-intérêts pour l'assureur, et celui-ci doit, sauf stipulation contraire expresse, la portion de la prime perçue d'avance afférente au temps pendant lequel le risque n'a pas été couvert. » (1).

La loi du 13 juillet 1930 a évidemment adopté cette même attitude dans son art. 39: « L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée... ne peut plus être exposée aux risques. Les primes payées doivent être restituées à l'assuré. » Cet article est catégorique: le contrat sera nul, même si l'assureur est de

(1) SUMEY: p. 156, n° 395.

bonne foi. D'ailleurs, il ne fait que sanctionner la jurisprudence préexistante. D'autre part, on ne peut dire qu'il s'applique au cas de mauvaise foi, l'alinéa 3 du même article prévoyant exclusivement cette hypothèse : « La partie dont la mauvaise foi est prouvée, doit, à l'autre une somme double de la prime d'une année. »

Est-ce qu'en matière d'assurances terrestres l'objet peut être à l'abri du risque au moment où le propriétaire contracte assurance, et ceci à son insu ? Cet article 39 ne vise-t-il pas une espèce qui ne se produit que très rarement, et notamment dans le seul cas de transport, par analogie avec le transport maritime ?

Certains l'ont effectivement prétendu. « Mais cette observation, qui vaut surtout pour les assurances maritimes, ne vaut guère, en matière d'assurances terrestres, que pour les assurances de transport ; il n'en est pas du feu, de la grêle, de la mortalité des bestiaux, comme d'une fortune de mer, que le navire ne peut courir qu'à condition d'entreprendre le voyage assuré ; en effet, dans les assurances terrestres, les risques sont toujours menaçants... du moment qu'il y aura un objet ayant servi d'aliment au contrat. » (1).

Nous pensons, au contraire, que l'application de cet art. 39 est susceptible de jouer dans des cas au moins aussi nombreux qu'en matière maritime ; en effet, il se peut, par exemple, qu'un individu assurant une maison contre le risque incendie, cette maison ait été, à l'insu des parties, détruite par un éboulement, elle sera à

(1) WEYER : *La prime d'assurance*, p. 31.

l'abri du risque incendie, et le propriétaire aura le droit de demander le remboursement des primes. De même, il peut se faire que « le risque ou l'objet de l'assurance ne disparaissent que momentanément à la suite de la cessation complète de l'exploitation, à raison de la mobilisation de l'assuré ou encore de la séquestration momentanée de la chose assurée par l'autorité militaire. » (1). Dans tous ces cas, l'assuré, en se basant sur l'art. 39, pourra réclamer le montant des primes, les frais de perception étant naturellement déduits.

Nous en avons terminé avec ce premier chapitre de l'inexistence absolue ou objective du risque. Ce qui ressort nettement de cette étude, c'est l'opposition du Droit maritime au Droit terrestre. En assurance maritime comme en assurance terrestre, le contrat conclu alors que le risque n'existe pas objectivement est nul. Mais, alors qu'en droit maritime on est arrivé en pratique à rendre valable un tel contrat, alors qu'on admet l'assurance des risques putatifs, en Droit terrestre, on s'en est toujours tenu aux principes généraux des contrats qui exigent un objet et une cause et on en a toujours rejeté la validité.

(1) SUMEIN, p. 156.

CHAPITRE II

INTERET DE L'ASSURE A LA NON REALISATION DU RISQUE

Dans le premier chapitre, nous venons d'étudier une question de fait, plus qu'une question de droit : il faut pour qu'un individu puisse contracter une assurance, qu'il veuille se garantir contre un risque ; le risque est nécessaire, sans lui on ne comprend pas l'assurance. Et nous avons étudié cette nécessité de l'existence du risque.

Cette existence du risque est nécessaire, mais suffit-elle à légitimer un contrat d'assurance ?

Un homme pourra-t-il, par exemple, assurer la chose d'autrui ; pourra-t-il assurer la maison de son voisin contre l'incendie, et, plus tard, si le sinistre se produit, toucher l'indemnité ? En dehors de cet élément du risque, son existence objective, ne faut-il pas un rapport entre lui et le preneur d'assurance ? Autrement dit, il ne suffirait pas que le risque soit susceptible de se produire, mais qu'il soit susceptible de se produire *pour l'assuré*.

Et nous sommes ici au cœur même de la question : faut-il admettre un tel contrat ? faut-il lui donner la nature juridique du contrat d'assurance, les mêmes effets ? Ou, au contraire, doit-on le considérer comme un contrat de pari ou de jeu, n'entraînant qu'une obligation naturelle, ne faisant naître aucun droit pour

l'assuré, mais une seule dette d'honneur pour l'assureur?

Ou encore, le risque existant, peut-on assurer un objet pour plus que sa valeur, de façon, s'il se réalise, à faire un bénéfice?

A ces deux questions essentielles répondent les deux principes qui feront l'objet de deux sections dans ce chapitre: le contrat d'assurance est un contrat indemnitaire — L'assuré assure non pas la chose, mais l'intérêt qu'elle représente pour lui.

SECTION 1. — L'ASSURANCE, CONTRAT D'INDEMNITÉ

De nos jours, on distingue soigneusement le contrat d'assurance du contrat de pari ou de jeu.

A l'origine même, le contrat d'assurance a pour but de réparer un dommage éventuel et non pas d'enrichir l'assuré.

Comme nous l'avons montré dans notre Introduction, l'assurance est née pour satisfaire au besoin de sécurité des hommes; ce n'est pas une branche qui s'est détachée du jeu ou du pari et qui, peu à peu, a pris sa nature propre, comme le prétend Vivante: « A l'origine, l'armateur et le chargeur se sont mis à l'abri des dangers réels qu'ils couraient, au moyen d'un pari portant sur le voyage du navire... »

Nous ne voulons pas reprendre ici une controverse que l'on considère comme définitivement tranchée, mais nous allons montrer que, primitivement même, le contrat d'assurance n'est pas un pari.

A première vue, il semble bien que la situation du créancier dans le prêt à la grosse, est tout à fait celle d'un individu qui aurait parié avec l'armateur sur l'arrivée du navire. En effet, la réalisation du sinistre est pour lui un événement capital : le navire fait-il naufrage ? Il va perdre tout l'argent qu'il avait prêté à l'armateur. Arrive-t-il, au contraire, à bon port ? Il va toucher une somme d'intérêts qui va augmenter considérablement sa fortune. Si, au lieu d'appeler cette opération « prêt à la grosse », nous l'appelions « pari », qu'y aurait-il de changé ?

Mais si l'on compare mieux le prêt à la grosse au pari, si on analyse sa nature juridique, des différences notables apparaissent :

Et, tout d'abord, le « prêt à la grosse » n'est pas une appellation destinée à cacher une opération de jeu, c'est réellement un prêt fait à l'armateur. Mais, en plus du prêt, le créancier prend à sa charge un risque, celui de ne pas être remboursé si le navire n'arrive pas à bon port. C'est pourquoi le taux de l'intérêt est très élevé. Il n'en reste pas moins que les deniers ont été réellement touchés par l'armateur et qu'ils ont servi à son commerce.

D'autre part, un contrat de jeu, serait né pour satisfaire au désir de spéculation de certains hommes, qui n'auraient imaginé l'assurance que pour lui servir de support. Or, l'assurance remplit et a toujours rempli une fonction économique bien définie : réparer les dommages subis par l'assuré.

Mais il est un point de beaucoup plus important, c'est que, même à l'origine, on exigeait que l'assuré ait intérêt à la conservation de la chose. Dans ce but, on men-

tionnait dans l'acte quel était le nom du chargeur et celui de l'armateur. Si c'était une personne étrangère qui contractait, on mentionnait que c'était pour le compte du propriétaire. Si le contrat d'assurance avait été un pari, on n'eut pas exigé de telles conditions.

La notion d'intérêt à la conservation de la chose est un des principes fondamentaux du contrat d'assurance, comme nous le verrons plus loin, c'est pourquoi du jour où l'on n'exigea plus la présence de cet intérêt, l'assurance dégénéra en spéculation. Mais ce ne fut que pendant une très courte période de l'histoire des assurances, car une prompte intervention législative vint interdire ces pratiques.

Les assureurs, à ce moment-là, faisaient souvent des difficultés pour payer l'indemnité promise, en prétendant qu'il y avait absence d'intérêt de la part de l'assuré. Les assurés, pour se prémunir contre ces chicanes, opposèrent une clause spéciale à la fin de l'acte : « *Habeat vel non habeat, participet vel non participet.* »

Mais, si cette clause offrait l'avantage de tranquilliser l'assuré, d'un autre côté, elle était tellement vague et tellement imprécise qu'elle favorisa les gageures. De telle sorte que le domaine des assurances fut complètement modifié, comme nous le décrit Pipia, dans son *Traité des Assurances* (1) :

« Ayant vite épuisé le champ des risques réels, limité en ce temps, à cause du commerce lui-même limité, on eut recours aux risques fictifs, et les assurances dégéné-

(1) Cité par Charles WEENS : *L'assurance de choses est un contrat d'indemnité*, p. 9.

rèrent bien vite en véritables et propres jeux et paris. Il advint alors, dans le champ des assurances, ce qui arrive dans les temps modernes, en matière de spéculations à terme sur titres et documents représentatifs, dans lesquelles des affaires réelles se passent en affaires différentielles, à découvert, qui se résolvent dans le seul paiement de la différence. La folie de la hardie spéculation et du jeu de hasard envahit bien vite le Marché et la Bourse, où se rassemblaient les marchands et les navigateurs, et altéra la physionomie initiale des assurances, en en dénaturant le but et les gestes... tant que l'assurance et le pari se confondaient dans la même conception et les docteurs en traitaient ensemble. »

Ces nombreux abus et les périls qu'ils faisaient courir au commerce maritime amenèrent une rapide intervention législative : nous ne citerons que l'Ordonnance de Barcelone de 1435, parce qu'elle est la première en date, et le Guidon de la mer et l'Ordonnance de 1681, parce qu'elles nous intéressent particulièrement.

L'Ordonnance de Barcelone exige que, dans toute assurance, il y ait un découvert du quart, jamais on ne pourra assurer la pleine valeur de l'objet. Ainsi, l'assuré aura intérêt à ce que le sinistre ne se produise pas. Le Guidon de la mer, dans son chapitre II, article 11, dit : « Pareillement, pour éviter abus et les grandes négligences qui se trouvent aux marchands chargeurs quand ils sont asseurez de tout, seront tenus iceux... courir le risque de dix pour cent. » Ceci pour exiger la présence d'intérêt. Et, visant le pari : « prenant pour maxime que l'assuré ne peut recevoir profit du dommage d'autrui. » De plus : « il (l'assuré) prêtera serment qu'il n'aura fait aucune autre assurance. »

L'Ordonnance sur la marine, de 1681, ne fait que reprendre ces mêmes dispositions.

Tous les auteurs du XVIII^e siècle repoussent l'assurance-pari. Pothier dit, par exemple, dans son *Traité du Contrat d'Assurance*: « Qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre. »

De telle sorte que le principe que l'assurance est un contrat d'indemnité est fermement établi à la fin du XVIII^e siècle et que le mouvement de codification du XIX^e le consacrera définitivement: art. 28 de la loi du 13 juillet 1930 « l'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité. »

Pourquoi a-t-on interdit l'Assurance-Pari?

De nos jours, d'abord, on interdit l'assurance-pari parce que la loi refuse de s'occuper du pari. Elle ne le prohibe pas, mais elle ne donne pas d'effets à un tel contrat. L'art. 1965 du Code Civil s'exprime ainsi: « La loi n'accorde aucune action pour dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. »

Le pari, en effet, n'est pas par lui-même un agent de ruine, c'est un facteur de désorganisation sociale, parce qu'il détourne les hommes du travail; comme le dit Baudry-Lacantinerie: « Il démoralise plus encore qu'il ne ruine et constitue, par conséquent, un péril pour la Société. » C'est pour ces motifs que les rédacteurs du Code Civil ont refusé de le sanctionner. Portalis disait, dans son exposé des motifs: « Ignore-t-on que le jeu favorise l'oisiveté en séparant l'idée de gain de celle de travail et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme le plus atroce? Ignore-t-on les révolutions subites qu'il

produit dans le patrimoine des familles particulières au détriment des mœurs publiques et de la Société en général? »

Admettre la validité de l'assurance-pari aurait eu les mêmes effets néfastes; d'ailleurs, la courte période où elle a existé et dont nous venons de parler en est une preuve.

Mais le motif essentiel qui a poussé à admettre ce principe, que l'assuré ne devait pas s'enrichir à la suite de la réalisation du sinistre, c'est empêcher les sinistres volontaires. En effet, sous la pression des besoins, on a interdit l'assurance-pari, dans ce but, avant d'interdire le pari en général.

Si l'assuré pouvait s'enrichir par son contrat d'assurance, qui sait si, poussé par la cupidité, il ne provoquerait pas lui-même la réalisation du risque?

C'est ce qui se produisit lorsque l'assurance incendie fut introduite en France. On constata une augmentation considérable des incendies : les assurés, ignorant le principe indemnitaire, exagéraient la valeur de la chose et y mettaient le feu. Les abus furent tels que l'on critiqua l'art. 434 du Code Pénal, que la Jurisprudence, estimait ne pouvoir appliquer qu'aux cas d'incendie volontaire de la chose d'autrui et non pas aux incendies de sa propre chose. Et, en 1832, lors de la révision du Code Pénal, l'art. 434 fut l'un des premiers modifiés : il s'applique désormais au cas d'incendie de sa propre chose. Cependant, les peines portées par cet article sont trop sévères, et le jury hésite à les appliquer, d'où le nombre des incendies augmente toujours. La majorité de la doctrine demande de nos jours la correctionnalisation de l'incendie volontaire, de façon qu'une répression plus fréquente en diminue le nombre.

En Amérique, « une statistique très exacte des incendies à New-York, pendant douze ans, montre que, dans cette cité, plus de 33 % des incendies sont dus à la fraude... et pourtant New-York est une ville particulièrement bien surveillée, au point de vue des incendies, par un fonctionnaire spécial (fire Marshal), des agents de police, un bureau des incendies et un corps de pompiers. » (1). Et Chaufton ajoute qu'on a même envisagé la suppression des assurances dans l'intérêt public. Un fait qui prouve bien que beaucoup d'incendies sont dus à la fraude, c'est qu'à la suite du grand incendie de Chicago, la solvabilité des assureurs fut douteuse, et, immédiatement, le nombre des sinistres diminua.

Et nous ne parlons là que de fraudes se manifestant sous l'existence du principe indemnitaire, c'est-à-dire qui, théoriquement, ne procurent à l'incendiaire aucun bénéfice, si ce n'est de lui procurer immédiatement de l'argent, alors que la liquidation de son immeuble exigeait plus de temps. Qu'arriverait-il si cet incendie était pour lui une cause d'enrichissement? Nous verrions se multiplier les incendies de jour en jour.

Conséquences du caractère indemnitaire de l'Assurance

Nous n'allons pas étudier ici toutes les conséquences du caractère indemnitaire des assurances. Nous allons seulement montrer que le respect du principe, que l'assurance doit rester un contrat d'indemnité, permet de trancher certaines difficultés.

(1) CHAUFTON: *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, tome I, p. 99, n° 46.

§ 1. — *Exagération de valeur*

C'est l'hypothèse où une personne a assuré un objet pour plus que sa valeur. Laisser subsister une telle assurance serait faire échec au caractère indemnitaire, puisque l'assuré toucherait une somme supérieure en valeur au dommage qu'il aurait subi.

Limitons d'abord le champ de la discussion.

Si les deux parties ont évalué, d'un commun accord, la valeur de l'objet, l'évaluation est contradictoire. Dans ce cas, si l'assureur fait une erreur d'appréciation, la stabilité des contrats veut qu'il ne puisse invoquer la nullité. Sauf, toutefois, dans l'hypothèse où les deux parties auraient volontairement exagéré la valeur, de façon à organiser un pari sous l'apparence d'un contrat d'assurance. Un tel contrat, une fois sa vraie nature déterminée, n'aurait plus les effets d'une assurance, il n'aurait que les effets d'une obligation naturelle.

Mais, le plus souvent, la rapidité des opérations commerciales ne permet pas de procéder à une évaluation contradictoire, et, en pratique, on se trouve toujours en présence d'une police dont la valeur est simplement agréée. C'est le cas qui nous intéresse : Quels seront les droits de l'assureur, si la valeur est exagérée ?

Auparavant, signalons, qu'en droit maritime, on avait tenté d'introduire une clause dans la police, par laquelle, les deux parties s'interdisaient de faire la preuve, soit de l'exagération, soit de l'insuffisance de la valeur ; c'est la clause « vaille que vaille ». Doctrine et Jurisprudence, sans l'annuler, en ont réduit les

effets à ceux de la clause « valeur agréée », en disant qu'en vertu de l'adage (*fraus omnia corrumpit* », la partie intéressée pourrait toujours, en cas de fraude, faire la preuve de l'exagération ou de l'insuffisance. Ne pas adopter cette attitude eut été contraire au principe de l'intérêt. « La clause vaille ou non vaille, qui aurait pour effet de repousser par elle seule la preuve de l'excès d'estimation, irait directement contre le principe. » (Cassation, 12 juin 1876.)

Nous supposons donc qu'une personne ait assuré un objet quelconque pour plus que sa valeur, et nous nous demandons quel va être le sort du contrat ?

L'individu n'a plus intérêt à la conservation de la chose, puisque la réalisation du sinistre, loin de lui occasionner une perte, sera pour lui une cause d'enrichissement.

L'intérêt d'assurance fait-il défaut ? Non, pas au sens où nous l'admettons, « l'intérêt est un rapport économique entre une personne et une chose, à raison de laquelle il peut résulter du sort de la chose, des désavantages ou des avantages pécuniaires pour cette personne. » Donc, un tel contrat ne tombe pas sous le coup des articles 1965 et 1967 du Code Civil.

Cependant, il fait échec au principe indemnitaire. On ne s'en apercevait donc le plus souvent qu'au moment de régler l'indemnité, et il semble que, le contrat étant viable de par la présence de l'intérêt, on n'ait qu'à réduire l'indemnité qui avait été prévue. Mais il nous faut distinguer deux cas :

1° *Si l'assuré a frauduleusement exagéré la valeur.*

Si c'est pas dol, ou par fraude, l'art. 1116 du Code Civil, qui est le droit commun en matière de vices du

consentement, serait applicable. Mais le cas est spécialement prévu: en Droit maritime, par l'art. 357 du Code de Commerce; en Droit terrestre, par l'art. 29 de la loi du 13 juillet 1930.

Dans les deux cas, la solution est la même: l'assureur demandera la nullité du contrat et pourra, en outre, obtenir des dommages-intérêts.

Comme jamais la fraude ne se présume, ce sera à lui d'en faire la preuve. Il y aura fraude toutes les fois que l'exagération aura été faite « avec la volonté de voir tourner le sinistre à son avantage et de recevoir au-delà de ce qu'il a réellement exposé en risques. » (1).

Et cette fraude sera suffisamment prouvée quand « la disproportion est tellement grande entre la valeur réelle des choses assurées et leur estimation dans la police, qu'elle exclut l'idée d'une simple erreur. » (2). Et ceci sans préjudice de tous autres modes de preuve.

2° *Si l'assuré est de bonne foi.*

Ce n'est pas l'Ordre Public qui est atteint, ce sont les principes seuls de l'assurance, et en particulier le principe indemnitaire. La situation est moins grave que précédemment, la solution doit être moins rigoureuse.

Mettons-nous à la place de l'assuré, il croyait que la valeur qu'il a déclaré était réellement la valeur de l'objet, donc, à ses yeux, le sinistre ne devait pas être une cause d'enrichissement. Il n'avait donc pas tendance à en provoquer la réalisation. Et c'est là un des buts poursuivi par la nécessité de l'intérêt et le principe

(1) EMÉRIGON.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2065.

indemnitaire. Le contrat est valable, il suffit « de ramener l'assurance dans les limites où elle peut se mouvoir. » (1).

La sanction sera ici moins sévère. En Droit maritime et en Droit terrestre, le contrat sera valable, mais seulement pour la valeur réelle des objets assurés. En compensation, l'assureur aura droit : en Droit maritime, à 1/2 % de la somme excédant la valeur ; en Droit terrestre, il conservera les primes déjà échues, les primes à venir étant réduites proportionnellement à la réduction de la somme assurée.

§ 2. — *Les assurances cumulatives*

La situation est très proche de celle que nous venons d'étudier : que ce soit dans une seule assurance, par majoration de la valeur assurée, ou au moyen de plusieurs assurances, que l'assuré réussisse à toucher un bénéfice, il y a quand même échec au principe que le contrat d'assurance doit toujours rester un contrat d'indemnité.

On ne peut admettre, en effet, qu'un individu s'assure à des compagnies différentes, de façon à toucher, si le sinistre se produit, une somme supérieure à la valeur de l'objet.

Il y aura assurances cumulatives lorsqu'elles porteront sur le même objet.

(1) QUENTIN : *L'opinion du risque*, p. 50.

Lorsque, en supposant payées, les diverses indemnités par l'assureur, l'assuré se trouve réaliser un bénéfice.

Lorsqu'elles satisfont le même intérêt.

Et couvrent le même risque.

Ces quatre conditions suffisent à caractériser une double assurance.

Mais, ici encore, la sanction ne sera pas la même, selon qu'il y aura bonne foi ou mauvaise foi de l'assuré.

1° *En cas de mauvaise foi de l'assuré*

Toutes les diverses polices conclues par lui seront annulées et il supportera le risque. Ceci en Droit maritime, art. 334 du Code de Commerce, comme en Droit terrestre, art. 30, loi du 13 juillet 1930.

Nous retrouvons ici la même solution que dans le cas où il y a eu exagération frauduleuse. Nous ne devons pas nous en étonner, puisque, comme le fait très justement remarquer M. Bédarride, nous sommes dans la même situation, et que « On ne peut faire en détail ce que la loi interdit de faire en une seule fois. »

L'assureur aura le droit de demander des dommages-intérêts en se conformant au droit commun, dommages au moins égaux à 1/2 % de la somme assurée, puisque nous allons voir qu'en cas de bonne foi il a cette indemnité de 1/2 %, *a fortiori* doit-il l'avoir ici ?

2° *Si l'assuré est de bonne foi*

On ne peut annuler les polices pour laisser supporter le risque à l'assuré. Ici, il ne s'agit pas de punir un fraudeur, il suffit de faire respecter un principe auquel on a involontairement dérogé : on ramènera l'assurance à la véritable valeur de l'intérêt, on respectera le caractère indemnitaire du contrat.

Ici, on peut arriver au même résultat que précédemment : on peut ne conserver que le premier contrat en date s'il assure la pleine valeur, ou maintenir celui des contrats signés immédiatement après, si le premier ne couvre qu'une partie et ainsi de suite ; ou bien, sans tenir compte de la date respective des diverses polices, réduire proportionnellement chaque indemnité prévue, de façon à ramener le total à la valeur réelle de l'intérêt.

La première solution a été adoptée par l'art. 359 du Code de Commerce. On raisonne ainsi : lorsque l'assuré va trouver la deuxième Compagnie, il n'y a plus de place pour une autre assurance ; le risque n'existe pas puisqu'il est déjà supporté par une première compagnie. Mais l'assureur ou les assureurs qui verront leur police annulée toucheront 1/2 % de la somme à tort assurée ; et l'on considère ces dommages-intérêts comme résultant d'une clause pénale légale.

En Droit terrestre, la loi de 1930 adopte la deuxième solution, toutes les assurances sont valables. « Et chacune d'elle produit ses effets en proportion de la somme à laquelle elle s'applique, jusqu'à concurrence de l'entière valeur de la chose assurée. » L'assureur conservera la totalité des primes échues, leur réduction consécutive à la réduction de la somme assurée n'aura pas d'effet rétroactif.

§ 3. — *Dans l'assurance de dommages, l'assuré perd tous ses droits contre l'auteur du sinistre lorsqu'il a touché l'indemnité d'assurance.*

Pourquoi l'assuré n'a-t-il pas le droit, après qu'il a reçu l'indemnité prévue par le contrat d'assurance, de se retourner contre l'auteur du sinistre ?

Parce qu'il toucherait alors une somme supérieure à la valeur du dommage subi et que la réalisation du risque, loin d'être pour lui une cause d'ennuis, serait susceptible de l'enrichir. Ce qui serait contraire au caractère indemnitaire de l'assurance.

Est-ce à dire que, de ce fait, l'auteur de l'accident sera libéré de toute responsabilité?

Non. L'assureur, lorsqu'il aura versé l'indemnité, sera subrogé dans les droits de l'assuré et pourra alors l'attaquer (art. 36, 1^{er} alinéa: « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. ») (1).

SECTION II. — LA NOTION D'INTÉRÊT ASSURABLE

Le principe indemnitaire atteint le résultat suivant: le contrat d'assurance n'aura pour effet que de réparer un dommage subi, il ne sera jamais une cause de gain pour l'assuré. C'est pourquoi devront être nulles les surassurances, les doubles assurances, ou l'assurance de la chose d'autrui.

Mais ce principe indemnitaire ne joue que lors de la réalisation du sinistre, on ne s'aperçoit de l'exagéra-

(1) Dans l'assurance de personnes, qui n'a pas le caractère indemnitaire, l'assuré peut, lorsqu'il a touché l'indemnité d'assurance, se retourner contre l'auteur de l'accident et cumuler les dommages-intérêts qu'il peut obtenir avec cette indemnité.

tion de valeur qu'à ce moment-là. Faut-il laisser subsister une situation fausse jusqu'à ce jour? N'est-il pas possible de la supprimer à l'origine, de l'empêcher de naître, en se plaçant au jour du contrat?

On y arrive par la théorie de l'intérêt: lorsque le sinistre se réalise, pour que l'assuré ne s'enrichisse pas, il faudra que ce sinistre lui occasionne un dommage; et ce dommage, il ne le subira que si la chose assurée présente pour lui un intérêt.

§ 1. — *Fondement de cette nécessité de l'intérêt*

Certains ont fait le raisonnement suivant: le législateur exige la présence d'un intérêt dans le contrat d'assurance, pour éviter les sinistres volontaires. La notion d'intérêt est donc une création artificielle, dans un but d'ordre public et il est impossible de la rattacher à un grand principe de l'Assurance.

Non, pour nous, et nous venons déjà de le montrer, l'exigence d'un intérêt dans le contrat d'assurance n'est pas une mesure d'exception ayant pour fondement l'ordre public. Elle se relie, au contraire, très étroitement au principe que l'assurance est un contrat d'indemnité.

Dans le contrat de capitaux, la prestation de l'assuré est exactement déterminée, mais dans le contrat d'assurance dommages, que nous envisageons seul ici, la somme est indéterminée, ce sera une indemnité, c'est-à-dire la réparation d'un dommage causé. Or, peut-il y avoir dommage (et nous entendons dommage dans son sens le plus large, y comprenant le manque à gagner) s'il n'y a pas intérêt?

De plus, il est faux de dire que l'exigence de l'intérêt est une décision abstraite du législateur, en ce sens que l'intérêt est un des éléments fondamentaux du contrat. L'assureur, en effet, en tient le plus grand compte.

La prestation de l'assureur est conditionnelle, elle est subordonnée à la réalisation du risque. Il est naturel qu'il cherche à avoir l'opinion la plus exacte de ce risque. L'intérêt est justement un élément du risque, et c'est à ce titre que l'assureur aura soin de le rechercher dans le contrat.

Nous verrons, dans notre titre II, que le risque dépend de deux facteurs : la probabilité et l'intensité du sinistre, et c'est sur ces deux facteurs qu'est basé le prix de la prise en charge. Si l'assuré a peu d'intérêt à la conservation de la chose, il sera peut-être plus négligent et par là sera plus grande la probabilité de réalisation du sinistre ; au contraire, si l'assuré a un intérêt énorme à la conservation, il prendra toutes les mesures préventives nécessaires, il sera beaucoup plus attentif, et les chances de réalisation seront moindres. Le risque sera moindre lui-même.

C'est pourquoi au moment de la conclusion du contrat, nous verrons spontanément l'assureur se baser sur l'intérêt économique pour calculer le risque.

§ 2. — *Place de l'intérêt dans le contrat*

S'il n'y a pas d'intérêt, le contrat sera nul, et tout se passera comme s'il n'y avait pas d'objet. L'intérêt est-il donc l'objet du contrat d'assurance ?

Non, l'objet du contrat d'assurance, ce sont les deux prestations opposées. Le contrat se suffit juridiquement

à lui-même, et nous allons voir une théorie qui, se plaçant à ce point de vue strictement juridique et théorique, nie que l'intérêt soit nécessaire.

L'intérêt n'est que l'objet à propos duquel les volontés des parties se rencontrent. Nous ne dirons pas, que peu importe la maison ou l'automobile assurée, mais nous voyons qu'elle ne joue qu'un rôle de deuxième plan, qu'elle n'intervient pas directement lorsqu'on analyse le contrat d'assurance. Et, pour reprendre un exemple cité par M. Broquet, nous comparerons cette situation à celle d'un individu qui porte un violon à réparer à un luthier : le violon n'est pas l'objet du contrat, il n'en est que le support.

De même ici, l'intérêt n'est que le support, mais support nécessaire, nous l'avons vu, du contrat d'assurance.

§ 3. — *Théories de l'Intérêt*

Toutes les législations anciennes ou modernes exigent comme armature du contrat d'assurance que l'assuré ait intérêt à la conservation de la chose. Cependant, certains auteurs ne sont pas du même avis ; nous n'allons pas les passer tous en revue, mais nous allons traverser rapidement *la théorie d'Endemann*, parce qu'elle est caractéristique et complètement opposée à la nécessité de l'intérêt.

Comme nous venons de le dire, le contrat d'assurance conclu sans intérêt est juridiquement valable. Endemann se place à un point de vue juridique, et, voulant à tout pris respecter le principe de la liberté des contrats, il déclare que puisque les parties l'ont voulu, ce

contrat est valable, à la seule condition que les primes aient été versées.

Il donne comme définition de l'assurance : « L'assurance est un contrat par lequel l'assureur s'oblige, moyennant une contre-prestation (prime), à payer à l'arrivée d'un certain événement précisé par le contrat, une somme déterminée ou le remplacement du dommage éprouvé. »

Pour Endemann, le contrat d'assurance serait donc une simple promesse d'argent conditionnelle. D'ailleurs, dit-il, il est facile de justifier cette conception, étudions le contrat à travers les âges.

A l'origine, on a peur de l'usure, et l'Eglise proclame la doctrine de l'improductivité du capital. Les commerçants qui veulent pratiquer l'assurance se heurtent à ce principe ; mais ils le tournent en déclarant que l'assurance c'est le « prix du péril ». Cette notion fut admise, mais ce fut sous la pression du commerce, elle ne correspond à aucune réalité économique ni juridique.

Plus tard, on ne redouta plus l'usure, mais on craignit le jeu et le pari, et, pour les éviter, on décréta que seul seraient assurable « l'intérêt véritable ».

Voilà où les théories modernes, admises par la grosse majorité de la doctrine, vont chercher leur fondement : des points de départ faussés, admis seulement à la suite des besoins de l'époque. C'est cela qu'elles essayent d'expliquer.

De nos jours, les assurances sont exploitées par des compagnies commerciales et, grâce aux calculs précis de probabilités et de statistiques, elles apprécient exactement le risque, et, par là-même, arrivent à le supprimer. De telle façon que « les principes qui régissent

l'assurance sont aussi bien établis que ceux qui président à l'organisation des autres entreprises commerciales. » (1). L'assureur s'oblige à payer à l'assuré, si l'événement se réalise.... Nous venons de voir que cette réalisation n'est pas un risque pour l'assureur puisqu'il la prévoit exactement.

En définitive, le paiement effectué par la Compagnie, n'est que la contre-partie des sommes versées par l'assuré.

Et alors, on ne voit pas pourquoi on exige un intérêt chez l'assuré; ce n'est que la survivance d'une règle très ancienne qui se justifiait, comme nous l'avons déjà dit, lorsqu'elle a été créée, mais qui ne présente plus aujourd'hui aucune réalité économique. Et même plus, cette théorie de l'intérêt est une gêne « car elle précipite la doctrine dans une série de distinctions artificielles et inextricables », ne pas admettre la théorie de l'intérêt, c'est, du même coup, « supprimer la séparation bizarre du contrat en assurance-dommages et assurance-capitaux. »

Et, ce qui est plus grave, c'est que pour sauvegarder quelques principes d'équité, on porte atteinte au grand principe de la liberté des conventions. Et certes, la loi peut prévoir certaines interdictions concernant le jeu, mais Endemann ajoute: « Raisonnablement, elle ne peut entreprendre de tracer une ligne abstraite qui aurait la prétention de séparer, d'une part, les échan-

(1) *Essai sur l'intérêt économique dans le contrat d'assurance.*
M. BROQUET, thèse Lausanne, p. 33.

ges réels et véritables... et, d'autre part, le jeu et la spéculation... »

Sans critiquer point par point la théorie d'Endemann nous allons présenter deux observations :

Quand Endemann dit qu'en définitive le paiement de l'indemnité n'est que la contre-partie des primes versées par l'assuré, parce que l'assureur connaît exactement le nombre des sinistres, il raisonne ainsi : l'assureur, par les statistiques, connaît exactement le nombre des sinistres, il sait donc ce qu'il doit faire payer à chaque assuré, c'est ce qu'il comprend en disant que l'indemnité n'est que la contre-partie des primes. La réalisation du sinistre reste pour lui l'événement qui conditionne ce versement. Il ne voit pas pourquoi un individu ne pourrait pas s'assurer sans avoir intérêt, il verserait des primes, il toucherait une indemnité, si l'événement sur lequel il parie se réalisait. Il pense que cette opération serait possible parce que l'assureur a ses statistiques ; mais il oublie que les calculs ont été faits sur des sinistres portant sur des objets représentant un intérêt, et que du jour où il n'y aurait plus intérêt, les sinistres se multiplieraient et l'assureur serait vite ruiné. Pour supprimer l'intérêt, il se base sur le résultat des statistiques, qui, elles, le supposent.

Ensuite, comme le dit M. Broquet, ajoutons « Que le rôle premier du Droit ne consiste pas dans le savant échaffaudage de constructions, mais bien dans la juste réglementation de rapports réellement existants. » (1).

(1) *Essai sur l'intérêt économique dans le contrat d'assurance.*
M. BROQUET, p. 39.

Et que mieux vaut arriver à des solutions adéquates, en faisant exception au principe de la liberté des contrats, que de le respecter et aboutir à des solutions satisfaisantes au point de vue théorique, mais ne correspondant pas aux nécessités pratiques.

Nous allons maintenant étudier les théories qui exigent un intérêt dans le contrat d'assurance. Car, malgré Endemann, nous sommes arrivés à cette conclusion qu'il faut un intérêt. Nous étudierons parallèlement les deux théories de Kisch et d'Ehrenberg. Nous verrons d'abord en quoi elles s'opposent, puis, de la définition que chacun d'eux propose, nous choisirons celle qui nous semblera préférable.

2. Théorie de Kisch: système de l'intérêt subjectif

Pour lui, l'intérêt d'assurance, c'est « La valeur pécuniaire exposée à la perte, du bien patrimonial concret (valeur de la chose, du Droit, de la capacité de travail, du gain, de la dépense) ».

Ensuite, Kisch donne les raisons pour lesquelles il a adopté cette théorie: cette notion forme le principe fondamental des assurances, elle permet de déterminer le contrat d'assurance; et il en tire d'importantes conséquences.

Et surtout, dit-il: « L'intérêt d'assurance reste lié au sujet originaire, au preneur primitif. » Et c'est ce point qui le caractérise, qui l'oppose aux partisans de la théorie objectiviste.

Il ne veut pas dire par là que l'intérêt sera la valeur que peut avoir spécialement l'objet assuré pour le preneur primitif. Par exemple, le propriétaire d'un tableau expertisé 50.000 francs, ne pourra pas l'assurer 200.000 francs, en se prévalant qu'il a un collectionneur qui lui

en offre cette somme, et en concluant que, pour lui, le tableau a cette valeur. Non, en disant que l'intérêt est subjectif, Kisch entend que le contrat d'assurance est passé en tenant compte des liens particuliers qui relient l'individu déterminé à l'objet. En d'autres termes, c'est un contrat passé « *intuitu personæ* », l'assureur considérant que le changement d'assuré peut modifier les risques.

Et la jurisprudence a longtemps admis ce caractère personnel de l'assurance; la Cour de Nancy (7 février 1867, Dalloz, 1867-2-73) dit: « Il est certain que le contrat d'assurance ne confère pas un droit réel inhérent à la propriété de la chose assurée; et passant nécessairement avec elle sur la tête des propriétaires successifs; qu'il n'engendre au contraire que des droits et des obligations réciproques, dans lequel l'une des parties ne peut, sans le consentement de l'autre, se substituer un tiers et opérer une novation. »

3. *Théorie d'Ehrenberg: système de l'intérêt objectif*

Nous ne contesterons pas que la théorie de Kisch ait pu s'appliquer aux débuts de l'assurance. Quand les assureurs pratiquaient, sur une petite échelle, le choix du risque, et en particulier son élément essentiel, la loyauté et la personnalité de l'assuré avait une très grande importance. Le contrat était alors conclu « *intuitu personæ* ».

Mais de nos jours, l'assurance s'est commercialisée. et « Le contrat d'assurance contre l'incendie ne revêt plus dans notre Droit actuel le caractère personnel qu'il a pu avoir au début de l'organisation des compagnies d'assurances.

La personne de l'assuré reste un élément d'appréciation tout à fait secondaire pour la formation de ce contrat; ce qui est pris en considération, c'est la propriété soumise à l'assurance, c'est la nature de l'objet assuré et l'étendue des risques qu'il court en raison de l'usage qui en est fait. Le crédit, la solvabilité de l'assuré demeurent indifférents aux assureurs, puisque la prime est payable d'avance, et que, si elle n'est pas acquittée dans le délai l'assurance est résiliée; la garantie promise est subordonnée au paiement par anticipation de la prime stipulée. Pourquoi supposer que toute aliénation entraîne une aggravation du risque, et comment peut-on présumer l'imprudence ou la négligence du nouveau propriétaire? L'assurance, dans l'état actuel des faits, doit être considérée comme attachée dans une grande mesure à la propriété de l'objet assuré. » (1).

Et la définition d'Ehrenberg: « L'intérêt est un rapport économique entre une personne et une chose à raison duquel il peut résulter du sort de la chose, des désavantages ou des avantages pécuniaires pour cette personne », exprime exactement l'idée de M. Hémaré.

Pour lui, au contraire de Kisch, le contrat d'assurance est conclu « *intuitu rei* », l'assurance est fixée sur la chose elle-même, elle la suit entre toutes les mains. Cependant, il admet que, dans certains cas exceptionnels, l'assureur tienne compte de la personnalité de l'assuré; c'est pourquoi il trouve légitime qu'en cas d'aliénation de la chose, les deux parties aient le droit de dénoncer le contrat.

(1) M. HÉMARÉ, note sous Cassation, requête 5 novembre 1907. SIREY 1908-1-337.

Cette théorie de l'intérêt objectif avait été admise par la jurisprudence, à la suite de l'article de M. Hémar, que nous venons de citer, avant d'être adoptée par la loi de 1930, qui dit, dans son article 19: « En cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur... » Ce qui montre que, pour le législateur, le contrat n'est pas conclu « intuitu personæ », mais « intuitu rei ». D'ailleurs, c'est M. Hémar qui a rédigé l'exposé des motifs sur l'article 19, et il reprend, à quelque chose près, les mêmes termes que ceux déjà cités. « L'assurance de choses à laquelle se limite l'application de cet article, n'est pas un contrat personnel conclu « intuitu personæ »... Ce qui est essentiellement envisagé, c'est la chose assurée elle-même, sa nature, l'étendue des risques qu'elle court en raison de l'emploi qui en est fait... Aussi l'assurance de choses doit continuer après décès de l'assuré, au profit des héritiers; en cas d'aliénation de la chose, au profit des acquéreurs de l'assuré. »

§ 4. — *Définition de l'intérêt*

Jusqu'à présent, nous avons parlé de l'intérêt, sans en donner de définition exacte. Maintenant que nous avons vu les principales théories qui en traitent, il nous reste à tirer les conclusions de cette étude et à choisir nous-même une définition.

La loi de 1930 adopte bien cette théorie de l'intérêt, mais le but de la loi est de résoudre des cas pratiques et non pas de donner des définitions. Il nous faudra comparer les deux définitions de Kisch et d'Ehrenberg,

car s'ils sont tous deux d'accord sur la nécessité d'un intérêt, ils ne s'opposent pas seulement en ce que, pour l'un, le contrat est conclu « intuitu personæ », et pour l'autre « intuitu rei » ; ils donnent chacun une définition différente de l'intérêt.

Pour Kisch, « c'est la valeur pécuniaire, exposée à la perte, du bien patrimonial concret (de la chose, du droit, de la capacité, du travail, du gain, de la dépense) ».

Nous pourrions admettre cette définition : elle offre l'avantage d'être concrète quand elle nous parle de valeur pécuniaire. Mais toute valeur pécuniaire ne constitue pas un intérêt, par exemple une « *res nullius* ». L'intérêt, c'est plutôt le lien entre le bien économique et l'individu.

Remarquons que l'exemple, volontairement forcé, de la *res nullius* ne s'applique pas à la définition de Kisch, car il a soin de préciser « la valeur pécuniaire... du bien patrimonial concret. » Mais il n'en reste pas moins qu'elle ne met pas assez en lumière que l'intérêt, c'est le droit qui met en rapport la valeur pécuniaire à l'individu. Elle le sous-entend bien, en parlant de bien patrimonial, mais Kisch a le tort de ne pas en faire l'essentiel.

Et nous préférons de beaucoup adopter la définition d'Ehrenberg : « L'intérêt est le rapport économique entre une personne et une chose, à raison duquel il peut résulter du sort de la chose, un avantage ou un désavantage pécuniaire pour cette personne ».

Cette définition entend l'intérêt comme étant un rapport, et, de plus, elle offre cet avantage sur celle de Kisch, qu'elle parle de « l'avantage qui peut résulter du sort de la chose pour l'assuré ». Car s'il est vrai

qu'il existe un parallélisme très étroit entre le dommage et l'intérêt, le concept d'intérêt ne correspond pas exactement à celui de dommage, il faut tenir compte aussi du profit possible. De nos jours, on admet l'assurance du profit espéré.

Et, à ce point de vue, elle est préférable à une des rares définitions donnée par un auteur Français, M. Vanard: « L'intérêt, au sens de l'assurance, est un rapport entre une personne et un bien ou un ensemble de biens présentant une valeur économique, mais exposés à des périls dont la réalisation appelle le besoin d'une valeur de remplacement ou d'une indemnité. » (1).

Cependant, Kisch a critiqué Ehrenberg en disant qu'un rapport est une notion trop abstraite, « Qu'on éprouve une grande difficulté à considérer un rapport ou une situation économique comme l'objet de l'assurance... La notion est économiquement incolore ». Mais, dans notre paragraphe sur la place de l'intérêt dans le contrat, nous avons montré que ce n'est pas l'objet du contrat d'assurance, mais une base nécessaire à son existence.

Il est évident qu'il serait très difficile de faire de l'intérêt, l'objet du contrat, car le rapport économique entre l'homme et la chose ne disparaît généralement que lorsque la chose est détruite... C'est pour cela d'ailleurs que l'on dit couramment: « il assure sa maison », au lieu de dire plus justement, « il assure son droit de propriétaire. »

(1) *Revue Générale des Assurances*, 1932, p. 699.

§ 5. — *Nature de l'Intérêt*
Conditions qu'il doit remplir

La meilleure preuve que l'intérêt n'est pas une notion incolore, c'est que s'il ne remplit pas certaines conditions, le contrat sera annulé.

Nous avons vu que l'intérêt est un rapport économique. Est-ce nécessairement un rapport économique? Un individu ne pourrait-il, par exemple, assurer un rapport de droit qu'il a avec un objet, sans que, sous ce rapport de droit, apparaisse un rapport économique.

Envisageons d'abord le problème du côté opposé: il est évident qu'une personne pourra assurer son bien économique avec une chose, bien que ce bien économique n'ait pas comme corollaire un rapport de droit. Un homme intéressé aux fruits d'un objet pourra assurer cet intérêt exactement comme le ferait un usufruitier, bien qu'il ne possède pas le droit formel. Et les exemples sont nombreux de telles hypothèses: le possesseur de bonne foi, l'héritier apparent, le créancier chirographaire sur les biens de son débiteur.

Si, à l'inverse il existe un rapport de droit, sans intérêt économique, il ne doit pas être possible de contracter assurance. Mais, de telles hypothèses sont très rares, car, presque toujours, à un droit juridique se greffe un intérêt économique qui justifie l'assurance. On peut, par exemple, s'assurer contre le désagrément de voir emprunter son nom par autrui.

Chez nous, où la jurisprudence admet assez largement la réparation du dommage moral causé par un délit; par exemple, « pour atteintes à la réputation, provenant de paroles ou écrits diffamatoires, pour

rupture injustifiée de fiançailles, ou atteintes aux croyances religieuses ou patriotiques » (1), il devrait être possible de dire que ces intérêts moraux présentent aussi un caractère économique. Et ils pourraient servir de base à une assurance ; on pourrait, par exemple, voir une personne assurer ses croyances patriotiques.

Mais tout le monde est d'accord pour reconnaître que les dommages-intérêts accordés à la victime qui a subi un dommage moral, ont un caractère pénal plus qu'indemnitaire : on punit l'auteur du quasi-délit, plus qu'on répare le préjudice causé. Or, l'assurance doit toujours être réparatrice.

De plus, « L'absence d'un intérêt appréciable en argent, exclut nécessairement l'idée d'assurance. La réparation du dommage par l'assureur est nécessairement objective et justiciable d'une prévision mathématique, sans le secours de laquelle le principe de la mutualité des risques ne pourrait s'appliquer : on ne peut admettre l'assurance d'intérêts extra-patrimoniaux, sociaux, religieux ou moraux. » (2). Donc le seul critère de l'intérêt sera sa nature économique parce que, l'intérêt, pour le bon fonctionnement de l'assurance, doit être susceptible d'être mesuré. Et, plus encore, d'être mesuré objectivement : c'est-à-dire que dans le contrat d'assurance, on ne tiendra pas compte de la valeur que peut avoir l'objet pour le preneur d'assurance (un bijou peut présenter pour son propriétaire un plus grand intérêt parce qu'un souvenir

(1) D'après M. BECQUÉ, *Cours de 2^e année de Droit civil* : « Les éléments constitutifs du délit civil ».

M. VANARD : *Revue Générale des Assurances*, 1932, p. 702.

s'y attache), mais de la valeur qu'il aurait s'il était présenté sur le marché.

Kisch cite des exemples où l'impossibilité d'estimation des intérêts, s'oppose à leur assurance: « L'exercice d'une profession ou d'une fonction, la possession d'une clientèle, d'un procédé technique, d'un secret, une habileté professionnelle, un beau paysage qui est à la disposition du preneur ou une force naturelle (chute d'eau). De même, un avantage qui est attaché à une qualité corporelle (santé, force physique...) » Ces divers cas peuvent être assurés, puisque « Tout intérêt économique peut théoriquement devenir l'objet d'un contrat d'assurance contre les dommages... Cependant, sous cette forme, les assurances sont excessivement rares, à cause de la difficulté ou même de l'impossibilité d'estimation de ces intérêts. »

Donc, seul sera assurable l'intérêt économique, parce qu'il se prête à la nature juridique et aux opérations d'assurance.

Tous les intérêts économiques pourront-ils être assurés?

Oui, à condition de satisfaire à plusieurs conditions:

1° Il devra être déterminé, c'est-à-dire qu'on devra préciser dans le contrat d'assurance que l'on assure tel objet appartenant à telle personne contre tel risque.

Mais on admet que, n'étant pas déterminé au jour du contrat, il suffit qu'il soit déterminable au jour du sinistre. Il ne suffira pas évidemment d'une vague possibilité, il faut que l'intérêt ait un certain degré de probabilité: par exemple deux personnes prétendent à la fois à la propriété d'un immeuble, elles ne sauront si elles sont vraiment propriétaire que lorsque l'un

litige sera tranché par un jugement. Cependant, chacune d'elle pourra s'assurer contre l'incendie, et seule touchera l'indemnité celle qui aura subi le dommage, la vraie propriétaire.

2° Il doit être licite et moral, il ne doit pas contrevenir à l'article 6. Mais l'intérêt étant une notion purement économique, il ne peut être ni illicite ni immoral. Il est plus juste de dire que c'est l'objet auquel il s'applique : on ne pourra pas assurer des choses faisant l'objet d'un commerce illicite, à moins que l'autorité compétente en légitime la détention, par exemple la cocaïne, l'opium ; on ne pourra pas s'assurer contre les pertes de jeu ou assurer le gain qu'on espérait faire en jouant, ou en exploitant une maison de tolérance.

§ 6. — *Conséquences de la nécessité de l'intérêt*

Nous venons de voir que pour que l'assuré ait intérêt à la conservation de la chose, on exigerait qu'il ne touche, alors que le contrat produit ses effets, qu'une indemnité présentant le dommage causé ; et, en se plaçant au jour de la conclusion, il faut qu'il assure non pas la chose elle-même, mais l'intérêt économique qu'elle représente pour lui.

Nous n'allons pas passer en revue tous les intérêts susceptibles d'être assurés, nous n'étudierons que deux hypothèses faisant échec, ou paraissant faire échec à première vue à cette nécessité de l'intérêt.

1) Assurance sur le patrimoine futur.

Il existe des quantités d'assurance sur le patrimoine futur. Un intérêt d'acquisition, par exemple, peut faire

l'objet d'une assurance. Un individu a le droit, par l'exercice du réméré, de faire entrer une chose dans son patrimoine. Si cette chose est détruite, l'exécution du réméré sera impossible, et il subira un dommage. Il a donc intérêt à la conservation de la chose.

Mais l'assurance sur le patrimoine futur, la plus intéressante par son évolution, est l'assurance du *profit espéré*.

Dès les débuts de l'assurance, les lois et règlements d'assurance maritime la prohibèrent.

L'art. 15 de l'Ordonnance de 1681 la proscrivait aussi. Mais, dès cette époque, assureurs et assurés tournaient la prohibition par le moyen des polices d'honneurs. Les contractants assuraient le profit espéré, et ils s'engageaient sur l'honneur à exécuter la police et à ne pas la produire en justice.

Le Code de Commerce, malgré les demandes de la pratique, consacra l'art. 15 de l'Ordonnance dans son art. 347: « Le contrat d'assurance est nul s'il a pour objet: le frêt des marchandises existant à bord du navire, le profit espéré des marchandises, les loyers des gens de mer, les sommes empruntées à la grosse, les profits maritimes des sommes empruntées à la grosse. »

Cette règle fut appliquée aux assurances terrestres lorsqu'elles apparurent.

On pensait alors qu'admettre l'assurance du profit espéré, c'était faire apparaître tous les dangers de la violation du principe indemnitaire et de la nécessité de l'intérêt.

L'arrivée du sinistre étant indifférente à l'assuré, il n'aurait plus intérêt à la conservation de la chose; au

contraire, la réalisation du sinistre serait susceptible de lui procurer un bénéfice. « Le bénéfice qu'il peut se promettre de la vente des marchandises est soumis à tant de chances diverses que le sinistre sera souvent un événement heureux pour l'assuré, en ce qu'il rendra certain et invariable ce qui était précaire et lui assurera un gain qui n'était pour lui qu'une espérance. » (1).

Les auteurs de l'époque font une confusion qui apparaîtrait ici entre l'impossibilité qu'il y a à réaliser un bénéfice par l'assurance et l'expression « assurance de bénéfice », dont la terminologie les trouble.

Quel est le but de l'assurance?

Il est certain que si l'assurance place exactement l'assuré dans la situation dans laquelle il se serait trouvé sans la réalisation du sinistre, le principe indemnitaire n'est pas outre passé. Et, cependant, il se peut que l'assureur ait à réparer plus que le dommage subi. L'assuré était en droit d'attendre un bénéfice, le bénéfice normal de son exploitation. « Si la grêle ruine le grain et l'incendie brûle l'usine, le propriétaire perd la plus grande valeur du froment et du profit de l'usine, pour le temps où elle doit rester fermée et sans travailler. Cette absence à cause du sinistre d'un gain qui, naturellement, devait découler des choses assurées, constitue un vrai et propre dommage pécuniairement appréciable, qui doit être à la charge de l'assureur si l'assurance doit répondre à ses fins économiques et de prévoyance. » (2).

(1) GRÜN et JOLIAT, cité par WEENS: *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité et ses applications en matière d'assurance terrestre*, p. 162.

(2) D'après PIPIA, cité par WEENS, p. 163.

La situation était donc celle-ci : désaccord entre les auteurs quant à la validité de cette assurance, et pression de la pratique pour la faire adopter.

Quelle est la situation de nos jours ?

En Droit maritime :

Les dérogations à l'interdiction continuaient par la pratique des polices d'honneur. Aussi, par la loi du 12 août 1885, le législateur modifia-t-il les art. 347 et 344 : « Toute personne intéressée peut faire assurer le navire et ses accessoires, les frais d'armement, les vivres, les loyers des gens de mer, le frêt net, les sommes prêtées à la grosse et le profit maritime, les marchandises chargées à bord et le profit espéré de ces marchandises, le coût de l'assurance et généralement toutes choses estimables à prix d'argent sujettes aux risques de la navigation ».

Et M. Ripert commente ainsi cette attitude du législateur : « Indemniser l'assuré, c'était autrefois lui restituer les valeurs matériellement perdues ; c'est aujourd'hui effacer de son patrimoine les conséquences du sinistre. L'assuré est placé dans la même situation que la victime d'un accident qui peut réclamer à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. » (1).

En Droit terrestre :

Pour que soit valable l'assurance du profit espéré, il a fallu attendre la loi du 13 juillet 1930. L'art. 32 est ainsi conçu : « Toute personne ayant intérêt à la conser-

(1) RIPERT : *Traité de Droit maritime*, 2^e édit., t. III, p. 331, n^o 2362.

vation d'une chose peut la faire assurer. Tout intérêt direct ou indirect à la non réalisation d'un risque peut faire l'objet d'une assurance. »

M. Hémard, dans l'exposé des motifs, reprend, à quelque chose près, les termes de M. Ripert: « En posant ce principe, le projet laisse le champ libre aux applications les plus diverses et les plus souples de l'assurance. Nous n'avons donc pas considéré que le principe de l'assurance contrat d'indemnité s'opposât à l'assurance du profit espéré. Les indemnités attribuées par les tribunaux, en réparation d'un préjudice comprennent non seulement la perte éprouvée, mais encore le gain non obtenu. Il n'y a pas de motifs pour qu'il en soit autrement quant à l'indemnité réclamée en vertu d'un contrat d'assurance. »

Nous avons suffisamment exposé comment nous entendions l'intérêt, à quelle définition nous nous sommes arrêtées et pourquoi, pour ajouter encore à cette justification de M. Hémard.

Quoi qu'il en soit, disons que l'assurance du profit espéré s'est énormément développée en droit terrestre.

Elle s'est d'abord appliquée à des sinistres dont la réalisation est indépendante de la volonté de l'assuré: assurance grêle; assurance transport, en cas de perte de l'objet transporté, l'assuré touchera en plus de la valeur de la chose au point de départ, un supplément correspondant à la différence de valeur au lieu de destination.

De nos jours, nous voyons l'assurance de la perte de loyers, de la privation de jouissance, l'assurance chômage et l'assurance de la valeur vénale des fonds de commerce.

L'assurance perte de loyers peut être souscrite soit par le propriétaire, soit par le locataire.

Lorsqu'un incendie détruit sa maison, le propriétaire perd non seulement sa maison, mais encore il n'encaisse par les loyers que ses locataires lui auraient versé. Les compagnies d'assurance, considérant que les loyers sont le fruit normal de la maison, acceptent d'indemniser le propriétaire s'il s'est assuré contre leur perte. Ce dernier ne retirera pas un bénéfice de la réalisation du sinistre, l'assurance ne fait que le placer dans la situation où il se serait trouvé si sa maison n'avait pas été détruite, la clause visant cette assurance dit, en effet : «... L'indemnité ne pourra, en aucun cas, excéder le dommage réel résultant de la privation effective de loyer, déduction faite des charges... »

Quant à l'assurance souscrite par le locataire contre la perte de loyers, c'est une assurance de responsabilité, et non pas une assurance dommage. L'assuré se garantit contre les recours que le propriétaire pourrait intenter contre lui, en raison de sa responsabilité locative, pour la perte des loyers qu'il a subi.

Remarquons alors que chaque fois qu'une personne cause un dommage à un tiers, ce tiers pourra demander non seulement la réparation directe du dommage, mais encore, comme nous l'avons dit, le manque à gagner. Si l'auteur du dommage est couvert par une assurance responsabilité, la Compagnie indemniserà la victime pour ce manque à gagner. Dans ce sens, on peut dire que toute assurance responsabilité est, dans une certaine mesure, une assurance-profit.

La valeur vénale d'un fond de commerce comprend tous les éléments incorporels : enseigne, marque de fabrique, clientèle, achalandage.

C'est contre cette perte de valeur que peut s'assurer un commerçant.

Si l'incendie détruit complètement les locaux, le commerçant touchera une indemnité résultant d'une assurance normale.

Au contraire, si la perte est partielle, ou si les réparations à faire exigent la fermeture temporaire, l'indemnité que touchera le commerçant sera le fruit d'une assurance profit. Elle a pour but, en effet, de remplacer le bénéfice net de l'entreprise arrêtée. Cette opinion est d'ailleurs confirmée par le fait qu'il est impossible de cumuler cette allocation avec une indemnité reçue à titre d'assurance chômage, cette assurance chômage étant elle-même une assurance profit.

II) *L'assurance pour compte d'autrui
et pour compte de qui il appartiendra.*

C'est le contrat par lequel une personne assure l'intérêt d'un tiers.

C'est une opération tripartite, d'où naissent deux rapports juridiques :

Le premier, qui n'est que la conséquence de la force obligatoire des contrats, lie le souscripteur à l'assureur ; le deuxième, greffé au premier, unit l'assureur au tiers bénéficiaire.

Ce double lien de droit caractérise cette opération juridique, que l'on appelle la stipulation pour autrui. Et, en effet, dans l'assurance pour compte, nous voyons très nettement les trois personnages de la stipulation pour autrui : le promettant, l'assureur ; le stipulant, le preneur d'assurance ; et le tiers bénéficiaire.

De nos jours, doctrine et jurisprudence admettent la validité d'une stipulation pour autrui au profit d'un tiers indéterminé au jour du contrat, pourvu qu'il soit déterminable le jour où il bénéficiera de cette stipulation (1).

Et ici, l'assurance pour compte de qui il appartiendra, ne sera qu'une variété de ces stipulations. « Il est de l'essence de l'assurance pour compte de qui il appartiendra, de profiter, non à des bénéficiaires déterminés au jour du contrat, mais à tous ceux qui, entre le jour de la formation du contrat et le sinistre, viendraient à acquérir l'une des qualités les exposant au sinistre. » (Tribunal de Commerce de Dreux, 29 avril 1921. *Répertoire pratique*, 1922, p. 27.)

L'art. 6 de la loi du 13 juillet 1930 dit : « Cette déclaration vaudra tant comme assurance au profit du souscripteur de la police, que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause », il valide donc expressément l'assurance pour compte.

Et, en même temps, il fait entrer dans le cadre unique de la stipulation pour autrui, tous les cas si variés d'assurance pour compte. « Il s'attache, en effet, à ce qui est essentiel et permanent dans l'institution, c'est-à-dire l'engagement personnel du souscripteur et le droit direct du tiers bénéficiaire. Il laisse de côté ce qui varie avec chaque espèce : les rapports qui existent entre le tiers et le souscripteur ; ces rapports sont tout

(1) M. MORIN : *Les sources nouvelles du Droit*, cours spécial de doctorat.

à fait secondaires; ils n'influent pas sur la nature de l'opération. Peu importe que le souscripteur de la police agisse de sa propre initiative, ou en exécution d'une obligation qu'il a contractée envers le tiers. Dès l'instant qu'il contracte en son nom personnel, et dans le but de rendre le tiers directement créancier de l'assureur, il stipule pour autrui au sens de l'article 1121. » (1).

Et nous voyons immédiatement toute l'importance de l'interprétation juridique de ces opérations d'assurance, au point de vue qui nous intéresse. L'assuré a-t-il intérêt à la conservation de la chose? Oui, parce que le véritable assuré, ce n'est pas le preneur d'assurance, c'est le tiers bénéficiaire, c'est son intérêt qu'on assure, c'est lui qui touchera l'indemnité. Les effets de cette assurance ne sont pas différents, pour lui, d'une assurance conclue par un mandataire ou un commissaire, il n'y a aucune raison de l'annuler.

(1) D'après MONCHARMONT: *L'assurance pour compte en matière terrestre*, p. 56.

TITRE II

LE RISQUE POUR L'ASSUREUR

Dans le Titre I, nous avons étudié « Le déplacement du risque, but du contrat vis-à-vis de l'assuré », et nous avons vu les conditions auxquelles doit satisfaire le risque.

Supposons maintenant qu'une personne remplisse toutes ces conditions et qu'elle désire assurer sa maison contre le risque incendie.

Cette personne ira trouver une Compagnie qui prendra ce risque en charge, moyennant le payement de primes.

Le risque, pour être maintenant à la charge de l'assureur, au lieu de l'assuré, n'en est pas modifié. Le but de l'assurance, en effet, n'est pas de prendre des mesures préventives, destinées à réduire le nombre des sinistrés, mais de dédommager les victimes, elle n'intervient donc pas, ou très rarement, pour en modifier l'incidence.

Le risque présentera les mêmes caractères de probabilité et d'intensité; la maison aura autant de chances de brûler après qu'avant l'assurance.

Et cependant... l'assureur voit-il le risque comme le voyait l'assuré?

Non. Pour l'un, c'est un danger éventuel, un accident fâcheux et redouté, qui peut se produire sous l'effet du hasard.

Pour l'autre, cet événement contre lequel on s'assure, n'a pas ce double caractère : catastrophique et imprévisible. Il a été l'objet de calculs de probabilité portant sur des risques analogues, on a dressé des statistiques. Le hasard en est éliminé et on peut dire même que sa réalisation est une éventualité exactement mesurée.

Quelle va donc être l'attitude de l'assureur lorsqu'une personne va lui proposer un risque ?

Il faudra d'abord qu'il étudie cette proposition, qu'il vérifie les dires du futur assuré ; ne cache-t-il pas des circonstances susceptibles de provoquer la réalisation du sinistre, et, au contraire, ne met-il pas en lumière d'autres éléments, pour présenter le risque sous un jour qui lui soit plus favorable, de façon à payer une prime moindre ? Cette première opération de l'assureur fera l'objet de notre deuxième partie : *L'Opinion du risque pour l'assureur*. C'est plus une étude de consentement entre assuré et assureur qu'une question intéressant le Risque d'Assurance.

Nous traiterons, dans le titre II : *Le déplacement du risque fonction économique de l'assurance*, du risque en général, et non pas de tel risque particulier, dont les conditions de prise en charge sont discutées.

Nous n'étudierons pas l'établissement des statistiques qui permettent à l'assureur de grouper le risque particulier qu'on lui propose dans une série dont il connaît déjà les caractéristiques. Cette élaboration est d'ordre trop pratique pour faire l'objet d'une étude ici.

Dans un premier chapitre : *Caractère des opérations d'assurance vis-à-vis de l'assureur*, nous nous poserons cette question préliminaire : Puisque l'assureur con-

naît exactement le nombre de sinistres qu'il aura à régler, et les primes qu'il touche, peut-on dire que le contrat d'assurance soit pour lui aléatoire?

Dans un chapitre II: *Risques susceptibles d'être assurés*, nous verrons à quelles conditions un événement pourra faire l'objet d'une assurance, à quelles conditions l'assureur pourra prendre en charge le risque de réalisation.

CHAPITRE PREMIER

CARACTERE DES OPERATIONS D'ASSURANCE VIS-A-VIS DE L'ASSUREUR

L'assurance, de nos jours, est basée sur les statistiques et les mathématiques.

Un actuaire détermine une loi du hasard générale. Le rôle de l'assureur consiste alors à trouver des risques auxquels peut s'appliquer cette loi et à calculer alors la prime qu'il va percevoir.

Il peut sembler paradoxal de parler de loi du hasard, et cependant, comme le fait remarquer Chaufton (1), « La mort, la maladie, les accidents corporels, les naufrages et autres fortunes de mer, les marchandises perdues ou avariées entre les mains de ceux qui les transportent, les propriétés mobilières ou immobilières incendiées, la grêle ravageant les récoltes, le bétail décimé par la maladie, tous ces événements se succèdent dans le milieu où agissent les intérêts humains avec une régularité sensiblement constante et dans des proportions mathématiques presque immuables. *Mundum regunt numeri*. L'assureur utilise le cours du temps qui, d'un flot continu, roule tous ces éléments de ruine, comme l'industriel utilise la chute des rivières ou le souffle du vent. »

(1) CHAUFTON, *Les assurances: leur passé, leur présent, leur avenir*, p. 102, n° 49.

L'assureur connaîtra donc exactement l'étendue de sa prestation : sur le grand nombre de risques qu'il a pris en charge, il sait combien de sinistres il aura à régler. Il sait qu'il n'est pas exposé à payer des indemnités dont le total dépasserait le montant des primes qu'il a perçues.

Dans ces conditions, le contrat qu'il passe avec ses assurés est-il aléatoire ?

Nous montrerons dans une première section, en étudiant sommairement les bases mathématiques de l'assurance, le principe sur lequel elles reposent, que l'assureur ne court pratiquement aucun risque de perdre dans le contrat.

Ensuite, nous nous placerons sur le terrain strictement juridique et nous demanderons si un tel contrat peut être compris parmi les contrats aléatoires, tels qu'ils sont définis par le Code Civil.

SECTION I. — ABSENCE D'ALÉA POUR L'ASSUREUR

« Bien que l'assurance, fondée sur le calcul des probabilités, emprunte les procédés des jeux de hasard, elle est au fond tout le contraire du jeu. Le jeu est une opération essentiellement aléatoire. Le jeu spéculé sur le hasard, l'assurance opère contre le hasard. » Ainsi s'exprime Ancéy, dans son *Traité de la théorie des assurances* (1). Les assurances, donc, emploient des procé-

(1) ANCEY : *Théorie des opérations d'assurance*, p. 23.

dés de jeu de hasard, et en particulier elles sont basées sur la probabilité.

Qu'est-ce que la probabilité?

Le calcul des probabilités est le principe fondamental des assurances, et de nombreuses définitions en ont été données. Cependant, comme nous ne saurions mieux montrer que l'assureur est certain de faire un bénéfice qu'en partant de ce calcul, nous allons l'exposer brièvement.

Quand nous envisageons des événements futurs, nous leur attribuons à chacun un coefficient de probabilité, les uns nous sembleront ne devoir jamais se réaliser, nous penserons au contraire que d'autres ont toutes les chances de se produire. Pour un événement commun que l'on soumettra à plusieurs individus, chaque individu fournira peut-être un coefficient différent de celui fourni par les autres. C'est que cette prévision de l'avenir est d'une appréciation ne reposant sur aucune autre base que l'intuition et elle varie forcément d'individu à individu.

Mais nous pouvons trouver mille exemples où l'éventualité de réalisation apparaîtra à tous de la même façon : quand on jette une pièce de monnaie, il n'y a pas plus de raison de penser que face sortira plutôt que pile ou inversement, la probabilité est la même et tout le monde l'admettra. De même tout le monde admettra qu'en sortant une carte d'un jeu de piquet on a 4 chances sur 32 de sortir un roi.

C'est une notion très simple que celle de probabilité : les chances de réalisation de certains événements ne sont plus laissées à l'appréciation personnelle, elles sont susceptibles d'être mesurées objectivement et même mathématiquement.

Mais cette notion de probabilité, élargie, étendue, permet d'arriver à ce que l'on appelle la loi des grands nombres.

Prenons un dé à jouer. Il a 6 faces. Chaque fois que nous jouons, nous avons donc 1 chance sur 6 d'amener un point quelconque que nous aurons choisi, le point 4, par exemple. On a tiré de ce fait le résultat suivant: sur un grand nombre d'épreuves, le rapport du nombre d'arrivée du point 4 au nombre de coups de

1

dé tend vers — à mesure que croît le nombre des

6

épreuves.

Si on jette le dé 6000 fois, le nombre le plus probable des sorties du point 4 sera

6000

— = 1000.

6

Si nous supposons que le point 4 soit monté 1100 fois, nous dirons qu'il y a écart de 100 en plus.

100 est l'écart absolu.

On appellera écart relatif le rapport entre l'écart absolu (100) au nombre de fois où on a jeté le dé (6000).

Ici, donc, l'hypothèse envisagée, l'écart relatif sera

100 1

— soit —.

6000 60

Or, Bernouilli a démontré que si on multiplie le nombre de coups, l'écart absolu augmente, mais pas proportionnellement au nombre de coups, proportionnellement à la racine carrée seulement de ce nombre de coups.

Par exemple, ici, si au lieu de jouer 6000 fois, on joue 12000, l'écart absolu ne passera pas de 100 à 200.

Le nouvel écart ne sera à 100 que ce que la racine carrée de 12000 est à la racine carrée de 6000.

Ce qui donne, posé sous forme d'équation :

$$\frac{100}{\text{nouvel écart}} = \frac{\text{racine carrée de 12000}}{\text{racine carrée de 6000}}$$

D'où l'on sort finalement un nouvel écart absolu égal à 141.

$$\begin{array}{rcl} \text{L'écart relatif qui, la première fois, était } & \frac{100}{6000}, & \\ \text{c'est-à-dire } & \frac{200}{12000}, & \text{n'est maintenant que de } \frac{141}{12000}, \end{array}$$

il est donc plus petit.

Et, en multipliant les expériences, on montre qu'il tend vers 0.

Autrement dit, en cas d'épreuves fréquemment répétées, la conformité des faits aux prévisions des calculs est une quasi-certitude (1).

Faisons application de ces lois aux assurances.

Vous avez une maison qui vaut 100.000 francs. Et la statistique a constaté que sur 100 maisons pareilles à la vôtre, il en brûle en moyenne une par an. Il y a 99 chances à parier contre une que votre maison ne brûlera pas dans l'année.

En vous assurant, vous ne ferez pas autre chose qu'un pari sur chances inégales : vous ne donnez que 1000 francs à votre assureur alors que lui, si le sinistre

(1) D'après KAHN : *La notion de l'aléa dans le contrat*, p. 11 et 12.

se produit, vous en donnera 100.000, parce que vous donnez effectivement 1000 francs alors que lui a 99 chances sur 100 de ne rien vous donner du tout.

L'opération, ainsi comprise, serait un pari pur et simple: l'assureur a bien pour lui 99 chances sur 100, mais il est obligé de conserver, d'immobiliser 100.000 francs pour indemniser l'assuré dans le cas où le sinistre se produirait.

Mais si l'assureur, au lieu de faire un pari isolé, en fait 1000, 100.000 ou même davantage, d'après la loi des grands nombres, le nombre des sinistres sera à peu près exactement 1 pour 100 des maisons assurées (nous disons à peu près exactement parce qu'il ne faut pas, malgré qu'il aille en décroissant, oublier l'écart).

D'où, alors que si l'assureur avait pris en charge le seul risque que vous lui proposiez, il était obligé de garder en prévision du cas où il perdrait le pari, une somme de 100.000 francs; il pourra, en faisant de nombreuses opérations, se contenter de sommes moindres, suffisantes à régler les sinistres.

Nous avons vu que cette prévision des sinistres donnait des certitudes mathématiques. D'ailleurs, les compagnies d'assurance, pour faire des bénéfices, et pour éviter l'éventualité où elles se trouveraient à court, calculent largement les primes qu'elles perçoivent, de sorte que « Le jeu que joue l'assureur n'est donc pas équitable, et l'assuré est mathématiquement dupe. La pratique des contrats aléatoires répétés constitue un commerce de risques: tel est le cas de l'assurance envisagée du côté de l'assureur. Grâce à la loi des grands nombres, ce commerce des risques est précisément organisé de manière à n'en présenter aucun, car nous

avons déjà montré que le prix du risque peut être calculé de façon à procurer un bénéfice certain, beaucoup plus certain même que dans les commerces qui portent sur des marchandises ordinaires. » (1).

Nous n'ajouterons aucun commentaire à cette citation, elle exprime bien ce que nous avons essayé de montrer dans cette section: l'assureur réalise toujours une bénéfice.

Certains auteurs ont dit alors: puisque l'assureur gagne toujours, l'assuré sera toujours dupé.

D'abord, si le sinistre ne se réalise pas, il aura versé les primes et ne touchera rien en contre-partie.

Et même si le sinistre se réalise, il ne touchera pas l'indemnité prévue, il faudra de cette indemnité déduire la prime qui a été payée d'avance.

Cet argument ne peut être pris en considération: l'assuré a donné 1.000 francs, il en touche 100.000, donc l'assureur ne lui verse effectivement que 99.000. Dans le cas que nous venons d'étudier plus haut, 1 pour 99 est l'expression exacte des chances de gain respectives des deux contractants. Si l'indemnité prévue est de 100.000 et non pas de 99.000, c'est parce que justement on tient compte du fait qu'au moment de payer l'indemnité la prime est déjà perçue (2).

Non, si l'assureur réalise un bénéfice certain, c'est par la loi des grands nombres, il gagne sur la mutualité toute entière qu'il a su grouper et non pas sur chaque

(1) KAHN: *Déjà cité*, p. 27.

(2) D'ailleurs, dans les assurances maritimes, l'assuré peut assurer sa prime assurance qu'il pratique surtout en temps de guerre en raison des primes élevées qu'on lui demande.

assuré en particulier. Si l'on considère le contrat passé entre assuré et assureur, on s'aperçoit qu'il s'est passé équitablement : les deux prestations ont été effectuées normalement ; il ne peut pas être une cause de perte pour l'assuré.

D'autres auteurs, en sens contraire, ont prétendu que, dans le contrat d'assurance, l'assuré gagnait toujours.

Que cherche l'assuré ? La sécurité.

Que fait-il en s'assurant ? Il fait passer les mauvaises chances sur l'assurance. Il obtient donc, à coup sûr, ce qu'il veut ; le contrat, pour lui, n'est pas aléatoire. Peu lui importe que le sinistre se produise, puisque les conséquences seront réparées par l'assureur.

Nous avons précédemment montré que l'assureur faisait un bénéfice certain. Maintenant, nous voyons l'assuré faire une bonne affaire, parce qu'il s'est mis à l'abri des graves conséquences d'un danger qu'il craignait.

Il y a, semble-t-il, impossibilité à ce que dans un contrat les deux parties soient gagnantes. Et cependant, il faudrait auparavant définir exactement ce que l'on entend en disant que l'assuré est *gagnant*.

— Est-il gagnant parce qu'il a ce qu'il désire, parce qu'il a l'impression de l'être ?

Non, on ne peut se baser sur la propre évaluation de l'intéressé. Si l'on se place au point de vue psychologique, dans la grosse majorité des contrats, chaque contractant se considérera comme gagnant. Et c'est ce que prétendent les tenants de l'Economie psychologique, ils arrivent à dire ceci : la valeur d'une chose est un élément que l'on ne peut apprécier objectivement, un

objet quelconque a une valeur, suivant l'acheteur auquel vous le présentez. Et, en vertu de ce point de départ, ils arrivent à légitimer l'échange d'Esäü et de Jacob: étant donnée la situation d'Esäü, mieux vaut pour lui un plat de lentilles que sa part d'héritage.

Ce rapprochement d'Esäü et de Jacob avec le rapport assuré-assureur est forcé, mais on y voit mieux la critique à apporter à ceux qui prétendent que l'assuré a la meilleure place dans le contrat.

Un individu pessimiste accepterait de payer des primes très élevées, de beaucoup supérieures aux primes calculées mathématiquement, d'après le calcul des probabilités. Pourrait-on dire qu'il est gagnant parce qu'il s'estimerait satisfait, alors qu'il est mathématiquement démontré qu'il est exploité? Evidemment, non.

Dans le cas qui nous occupe, nous pouvons calculer objectivement quel doit être le rapport des échanges. Il ne nous semble pas possible de suivre ces auteurs qui se placent à un point de vue psychologique, c'est-à-dire personnel à chaque assuré, pour critiquer des résultats acquis mathématiquement et contrôlables par tous.

SECTION II

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT D'ASSURANCE

Quelle est donc la nature du contrat d'assurance?

Le Code Civil, dans son article 1964, est formel: « Le contrat aléatoire est une convention réciproque, dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour

toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain — tels sont : le contrat d'assurance... »

Mais des auteurs ont critiqué cet article en l'opposant à l'article 1104 : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire. »

Ainsi, deux articles, dans le Code, donnent une définition du contrat aléatoire. Mais l'article 1964 envisage le cas où les effets d'un contrat sont aléatoires pour l'une des parties seulement, alors que l'autre exige, pour que le contrat soit aléatoire, qu'il y ait chance de gain ou de perte pour les deux parties.

Que penser de cette divergence ? De ces deux définitions, quelle est la bonne ?

Et d'abord, la situation envisagée par l'art. 1964, peut-elle se réaliser ? Si l'une des parties gagne, l'autre ne perd-elle pas obligatoirement ? N'est-il pas impossible que l'un gagne sans que l'autre perde ?

C'est ce qu'ont pensé certains auteurs qui ont déclaré illogique l'article 1964. Et, cependant, nous avons montré qu'effectivement l'assureur ne courait aucun risque, alors que l'assuré ne gagnait dans le contrat que si un sinistre se produisait.

Mais, parlant de la méthode, de la technique des assurances, nous avons été obligé de raisonner sur la mutualité toute entière groupée par un même assureur. De telle façon que, lorsque certains auteurs, se basant sur ces résultats, nous ont opposé que si l'assureur gagnait à coup sûr, l'assuré, du même coup, devait perdre avec autant de certitude, nous avons été obligé

de montrer que le contrat d'assurance isolé était équitable.

Il faudrait peut-être, maintenant que nous nous proposons de l'étudier au point de vue strictement juridique, analyser le contrat d'assurance en lui-même, intrinsèquement, et oublier la loi des grands nombres.

L'assuré verse 1.000 francs à une compagnie d'assurance. Si la maison brûle, il touchera 100.000 francs. Si elle ne brûle pas, les 1.000 francs seront acquis à la compagnie qui n'aura rien à donner en contre-partie.

Donc, aléa des deux côtés. Le contrat d'assurance répond bien à la définition donnée par l'article 1104.

Mais, première objection, l'opération que nous venons d'exposer, ne pouvons-nous la qualifier de jeu ou de pari aussi bien que d'assurance?

Il est évident que la notion de mutualité contribue pour beaucoup à donner sa nature au contrat d'assurance, et nous en avons fait la base de notre définition. Cependant, il serait possible tout de même de différencier un contrat de jeu ou de pari, d'un contrat d'assurance isolé en étudiant leur but économique et leurs motifs. La théorie indemnitaire et la théorie de l'intérêt n'ont pas de place dans le jeu et cela seul doit suffire à les distinguer.

Mais doit-on considérer le contrat d'assurance isolé de tous les autres, est-ce une pure circonstance de fait s'il ne va jamais seul, sa nature juridique n'en est-elle pas modifiée?

MM. Colin et Capitant (1) prétendent que « Dans divers cas (assurance, pari mutuel) il est vrai de dire,

(1) COLIN et CAPITANT: *Traité élémentaire de Droit civil*, 2^e édition, page 267.

avec l'article 1964, que, parmi les divers contrats aléatoires, on en rencontre qui le sont seulement à l'égard d'une des parties. Mais on remarquera que cette situation résulte non du caractère juridique du contrat envisagé individuellement, mais d'une pure circonstance de fait, à savoir le grand nombre d'opérations qui sont effectuées par l'un des contractants, alors que l'autre, celui qui court le risque, n'en effectue qu'une seule. »

Nous pensons au contraire que ce n'est pas une pure circonstance de fait si le contrat d'assurance ne va jamais seul. Et nous emprunterons ici une comparaison à Chaufton: un individu qui prend en charge le risque que court une autre personne, ne fait pas un contrat d'assurance, il fait un contrat de pari ou de jeu. Au contraire, un homme qui a des centaines de maisons et qui ouvre sur ses livres un compte d'assurance qu'il crédite chaque année d'une annuité afférente à chaque maison et qu'il débite des dépenses faites pour réparer les suites d'un incendie, établit entre elles une mutualité et fait ainsi de l'assurance. Il les traite chacune comme un élément d'un patrimoine distinct.

Cet exemple est une réponse à MM. Colin et Capitant qui prétendent étudier le contrat d'assurance dans son individualité, sans tenir compte du « groupement d'un grand nombre d'opérations par l'assureur » qui n'est qu'une question de fait.

Mais où iront-ils trouver ce contrat qu'ils veulent étudier séparément? Ne seront-ils pas obligés de le séparer d'une quantité d'autres analogues qui seront groupés avec lui? Et cela est-il une question de fait qui n'influe pas sur sa nature juridique?

Nous ne le pensons pas.

Chaufton admet que pour distinguer le contrat d'assurance du contrat de pari, il faut faire appel à la mutualité. Ce rapprochement de contrats le plus nombreux possibles n'est donc pas une pure question de technique des assurances relevant d'une étude économique, c'est de lui aussi que dépend la nature juridique du contrat d'assurance.

En effet, de l'exemple cité par Chaufton, le même contrat, passé par le même individu, pour se garantir contre le même risque, sera, selon qu'il contractera avec une personne isolée ou avec une compagnie d'assurance organisée, un contrat de jeu ou d'assurance. C'est donc que pour définir le contrat d'assurance, il faut faire appel à cette organisation technique.

Et toujours, nous retrouvons la même question que lorsqu'il s'est agi de déterminer si à l'origine le contrat d'assurance a dérivé du pari ou, au contraire, a dérivé de principes différents.

À l'origine, c'étaient des particuliers isolés qui se chargeaient des risques, et alors, il était assez difficile (quoique possible, grâce surtout au principe indemnitaire) de savoir si l'on se trouvait en présence d'un pari ou d'une assurance. Mais bientôt les assureurs, sans le secours d'aucun calcul, se sont aperçus qu'ils avaient intérêt à multiplier ou à diviser leurs risques. De ce jour, les assurances n'ont plus eu le même caractère, peu à peu, à l'assureur isolé, se sont substituées de puissantes sociétés qui ont groupé de grandes quantités de risques. De sorte que, de nos jours, en face d'un contrat d'assurance, mettant le risque à la charge d'une personne seule qui ne prend que celui-là, et non pas à la charge d'une de ces sociétés auxquelles nous sommes

habitués, nous élevons des doutes quant à sa nature juridique.

Mais alors qu'à l'origine, seuls les motifs qui avaient poussé les contractants à passer l'acte décidaient de la nature de cet acte, de nos jours, nous pouvons nous rapporter à un autre critère: l'organisation technique de l'assureur. Nous acceptons, si l'on veut que cette modification de la technique des assurances ne soit qu'une question de fait. Mais une définition, basée sur cette organisation, est sûre de ne pas trouver d'exceptions; avons-nous le droit de la négliger, quand elle nous permet de donner une base juridique à un contrat pour lequel, jusqu'alors, on était obligé de se référer au seul examen des motifs?

Nous citerons ici M. Kahn (1): « Un même contrat passé entre les mêmes personnes, mais pour des motifs différents, peut-être successivement, soit interdit sous le nom de loterie, soit favorisé sous le nom d'assurance, soit réglementé sous le nom de rente viagère, soit tout juste toléré sous le nom de pari. Les motifs qui, en général, ne servent juridiquement à rien, constituent au contraire, en matière aléatoire, un critérium essentiel pour la distinction de certains contrats. »

Plus même, cette organisation technique, pensons-nous, ne doit pas être seulement retenue pour des raisons pratiques de définition, elle correspond à la nature profonde des assurances que nous avons défini ainsi au début de cet ouvrage: « Compensation des effets du hasard sur le patrimoine de l'homme par la

(1) KAHN: *Ouvrage déjà cité*, p. 53.

mutualité organisée suivant les lois de la statistique. »

Cette définition des assurances n'est-elle pas basée uniquement sur le principe qu'elles mettent en jeu? Et ce principe peut-il résister à l'isolement de chacun des contrats qui composent la mutualité?

Non. Chaque contrat est une cellule d'un même corps, et on ne peut dissocier les divers contrats sans détruire par là le corps qu'ils constituent. Il serait aussi faux de dire d'un contrat isolé que l'assureur ne joindrait pas à d'autres contrats, que c'est un contrat d'assurance, que de prétendre en chimie faire de l'eau avec deux molécules d'hydrogène et une molécule d'oxygène sans y faire jaillir d'étincelle électrique. Seule la réunion d'un grand nombre de contrats peut donner sa nature juridique à chacun d'eux.

Et alors, peut-on encore prétendre que cette réunion est une question de fait? Une définition du contrat d'assurance ne doit-elle pas, sinon mettre en premier plan, du moins faire allusion à cette cohésion nécessaire?

C'est précisément ce que fait l'article 1964. Il groupe certains contrats dans lesquels une seule des parties court un aléa. La rente viagère, par exemple, où le crédit rentier sait que jusqu'à sa mort il touchera la rente prévue, alors que le débit rentier court le risque de la payer plus longtemps que ce qu'il croyait si son co-contractant devient très vieux.

Mais, ici, le seul examen du contrat permet de se rendre compte que seul le débit rentier est soumis au hasard. Dans le contrat d'assurance, en est-il de même?

Non. Pour se rendre compte de cette situation, il faut voir la technique de l'assureur. Et si l'article 1964

visé le contrat d'assurance, c'est que le législateur connaissait l'organisation des compagnies d'assurance. Et non seulement il la connaissait, mais il lui accordait une importance juridique. En effet, si le législateur avait jugé que c'était là une question de fait négligeable, il aurait purement et simplement étudié le contrat isolé et l'aurait fait dépendre de l'article 1104.

Et nous en arrivons ainsi tout naturellement à répondre à la question que nous nous étions posée: Y a-t-il opposition entre les articles 1104 et 1964?

Il est impossible de répondre catégoriquement par oui ou par non. Deux points sont cependant indéniables: si l'art. 1964 avait pour but de donner une définition générale du contrat aléatoire, on pourrait alors dire qu'il est impossible de faire cadrer avec la définition précédemment donnée par l'art. 1104.

Mais il existe des contrats à double face: aléatoires pour une des parties, commutatifs pour l'autre, qui auraient soulevé de nombreuses controverses. L'article 1964 a étiré la définition donnée par l'article 1104 et a, du même coup, supprimé ces difficultés à venir, il a décidé que ces contrats étaient des contrats aléatoires.

L'art. 1104 pose la définition générale du contrat où il doit y avoir chance de perte ou de gain pour les deux parties; toutefois, l'article 1964, pour des raisons pratiques, apporte une exception à cette définition. Il n'y a pas de règle sans exception, c'est la seule solution possible à donner à l'opposition de ces deux articles.

CHAPITRE II

RISQUES SUSCEPTIBLES D'ETRE ASSURES

Par l'organisation technique des grandes compagnies d'assurances, on peut considérer qu'il y élimination de l'aléa, et il est alors possible de discuter sur la nature juridique du contrat d'assurance. Mais si l'assureur peut, sur le grand nombre de risques qu'il prend en charge, déterminer le nombre de sinistres qu'il aura à régler et le montant des indemnités à verser, il ne sait pas exactement quels seront ces sinistres. S'il peut prévoir qu'il y aura tant de propriétés grêlées et tant de maisons brûlées, il ne peut pas dire que c'est telle propriété qui sera grêlée ou telle maison incendiée.

Et, si la loi des grands nombres, qui permet de connaître à l'avance le pourcentage de réalisation des risques a permis le développement des assurances, cette subsistance de l'incertitude, quand à l'individualisation des sinistres, leur est aussi nécessaire.

Si, par une hypothèse absurde, nous supposons que l'assureur puisse identifier les risques qui se réaliseront, il se garderait bien de les prendre en charge, pour n'assurer que ceux qu'il saurait ne pas devoir se réaliser. Mais, d'un autre côté, il faudrait admettre que l'assuré ne voudrait seulement se garantir que contre les risques qui se réaliseraient. De sorte que toute assurance deviendrait impossible.

Mais cette prévision de l'avenir est-elle une hypothèse tellement absurde?

N'existe-t-il pas des cas où l'on peut prévoir la réalisation du risque? Nous voulons parler ici de l'hypothèse où on assurerait un matériel, une maison, non pas contre une possibilité de destruction violente, mais contre une destruction lente et progressive, contre l'usure, par exemple.

Ou encore, sans prévoir exactement cette réalisation, ne peut-on la craindre si elle dépend complètement ou même seulement dans une certaine mesure, non pas de faits extérieurs, mais d'agissements humains?

Dans ces deux espèces, l'assurance sera-t-elle possible? Dans le premier cas, où l'on peut prévoir le sinistre, la prime ne sera-t-elle pas trop élevée? L'élément d'incertitude sera-t-il suffisant dans le second pour qu'une compagnie accepte le risque?

SECTION I. — ASSURANCE ET AMORTISSEMENT

Le problème est posé: Est-il possible d'assurer une chose qui se détruirait petit à petit, lentement, et où la date exacte de la destruction totale serait connue?

Si un individu allait proposer une telle affaire à une compagnie d'assurance, elle serait certainement acceptée. L'assureur calculerait sur une table d'intérêts composés les sommes que, chaque année, devrait verser l'assuré pour toucher le capital représentant la valeur de la chose à l'arrivée du terme.

Mais, en général, pour récupérer la valeur d'un objet perdue par l'usure, nul ne s'adresse à une assurance.

Toutes les entreprises, quelles soient agricoles, commerciales ou industrielles, pratiquent l'amortissement.

Qu'est-ce que l'amortissement?

Au point de vue économique, c'est un prélèvement annuel sur les bénéfices pour retrouver à la fin de l'entreprise la valeur primitive du capital fixe; cette valeur ayant diminué chaque année pour arriver à zéro.

N'est-il pas possible d'analyser cette opération en une assurance? L'assuré versant chaque année une prime pour toucher le jour où la chose assurée n'aura plus aucune valeur, le jour où elle sera détruite, une indemnité.

Assuré et individu pratiquant l'amortissement, tous deux, chaque année, prélèvent une partie de leur bénéfice pour reconstituer l'objet dont ils craignent la destruction. Par l'amortissement, un industriel portera chaque année, dans son bilan, une somme qui correspondra à la dépréciation de son matériel. Cette somme est exactement calculée, de façon à ce qu'au moment de l'usure complète, capitaux et intérêts totalisés représentent exactement la valeur primitive. Si ce même industriel assure son matériel, il portera dans son bilan le montant des primes destinées à le couvrir contre la destruction accidentelle.

Mettons-nous maintenant à la place de l'assureur, il calcule les primes qu'il doit faire payer chaque année, d'une manière aussi exacte que l'industriel calcule la somme qu'il doit prélever sur ses bénéfices pour amortir son capital. L'industriel sait à quel capital doivent aboutir les opérations qu'il répète chaque année, mais de même l'assureur connaît le capital dont il a besoin pour réparer les sinistres. Tous deux poursuivent le

même but : remplacer une valeur économique qui a été détruite. La seule différence consisterait en ce que l'amortissement aurait pour but de réparer une destruction lente, alors que l'assurance indemniserait en cas de destruction immédiate.

On voit immédiatement qu'une telle comparaison est artificielle parce que trop superficielle. L'assurance et l'amortissement sont deux choses absolument différentes, aucune comparaison n'est possible, et la preuve, c'est que l'une n'exclut pas l'autre. On peut, en même temps que l'on amortit une marchandise, s'assurer contre les cas de destruction accidentelle. C'est que les deux opérations, non seulement procèdent de bases différentes, mais encore leur technique n'est pas la même.

Par l'assurance, nous n'avons cessé de le répéter, l'individu recherche la sécurité, il veut se prémunir contre les hasards malheureux qu'il peut subir.

Dans l'amortissement, au contraire, l'homme ne craint pas des événements aléatoires, il prévoit, il sait même avec exactitude qu'un jour viendra où le matériel dont il se sert n'aura plus aucune valeur, il peut calculer exactement cette date.

Le seul point commun aux deux opérations, c'est que tous deux, chaque année, consacrent une partie de leurs bénéfices au but qu'ils poursuivent.

Mais, ici encore, se marque une opposition très nette. L'assurance arrivera à lui donner cette sécurité qu'il poursuit, en se basant sur la mutualité, en faisant supporter par chacun, au prorata de la valeur de l'objet qu'il expose au risque, les dégâts subis par quelques-uns. Elle repose sur la loi des grands nombres.

L'amortissement n'a rien à voir avec la loi des grands nombres, il repose sur le principe des intérêts composés, sur la capitalisation.

L'amortissement corrige les effets du temps, l'assurance ceux du hasard.

La première opération joue dans le temps, la deuxième dans l'espace. Et alors que l'une pourra être faite par une personne seule, la deuxième ne peut se concevoir que si elle groupe un grand nombre de participants.

En conclusion, il est impossible de rapprocher les deux opérations, non seulement quant à leur nature, mais encore quant à leur technique. L'assurance, d'après sa définition, doit toujours comporter un aléa, elle doit demeurer « la compensation des effets du *hasard* ».

M. Chaufton, et tous les auteurs, sont d'accord sur ce point, estime que, lorsque la probabilité de réalisation du sinistre égale ou dépasse 27 %, les primes à verser sont trop élevées pour qu'on recoure à l'assurance. Et alors, disent-ils, il vaut mieux que l'intéressé pratique lui-même l'amortissement. Si nous sommes d'accord avec M. Chaufton, pour reconnaître que la probabilité de réalisation est bien trop élevée pour que, pratiquement, une Compagnie se charge du risque, nous pensons que le terme amortissement est improprement employé ici.

L'aléa est peut-être trop grand pour qu'il puisse intéresser un assureur? Oui. Mais l'opération que fera la personne intéressée sera-t-elle pour cela un amortissement? Non. M. Chaufton n'a retenu, ici, de l'amortissement, que le fait qu'il peut être réalisé par un seul

individu. C'est évidemment une caractéristique de l'amortissement, et qui permet de l'opposer à l'assurance, mais ce n'est qu'une caractéristique indirecte qui découle de cette opposition essentielle que l'une est destinée à corriger les effets du hasard, l'autre ceux du temps.

En définitive, et c'est ce que nous nous étions proposé en comparant les deux opérations, il apparaît nettement qu'il est impossible de séparer ces deux notions : assurance et hasard.

Tout risque proposé à un assureur devra donc comporter un aléa, c'est la condition essentielle qu'il devra remplir.

SECTION II. — LE FAIT DE L'HOMME

« A part une catégorie peu nombreuse de risques, dont la réalisation dépend exclusivement du hasard, c'est-à-dire de causes purement naturelles, telles que la grêle et la foudre, l'analyse de la plupart des risques révèle la présence d'un élément artificiel qui vient modifier le hasard : le fait de l'homme. » (1).

Nous nous sommes posé la question suivante : étant donné que chaque cas particulier d'assurance doit présenter un aléa, l'élément d'incertitude sera-t-il dans tous

(1) ANCEY : *Théorie des assurances*, p. 131.

les cas suffisant pour que l'assureur accepte de prendre le risque en charge?

Notons d'abord que nous n'avons pas l'intention d'étudier ici l'appréciation de chaque cas particulier par l'assureur, nous étudions le risque en général. M. Ancey prétend, et tout le monde l'admet, que, dans tout risque, l'aléa est modifié par l'homme. Il existe donc toute une gamme, en tenant compte de la plus ou moins grande intervention de l'homme, dont la base comprendrait les risques ou l'élément « fait de l'homme » serait négligeable et le sommet, ceux où le seul fait de l'homme constitue l'aléa.

A partir de quel moment un risque deviendra-t-il assurable?

Dès le début, il nous faut alors séparer très nettement le fait d'un tiers du fait de l'assuré.

I. — *Le fait d'un tiers*

Un tiers peut, soit volontairement, soit involontairement, provoquer le sinistre contre lequel telle personne est assurée. L'assureur, en laissant de côté l'hypothèse où le tiers encourait la responsabilité de son acte, peut-il s'en prévaloir pour ne pas indemniser son assuré?

Certainement non.

D'abord, dans le cas où le tiers provoque involontairement le sinistre, sa volonté ne viendra pas déjouer les calculs de l'assureur. Pour ce risque qu'il avait pris en charge, qu'il soit susceptible de se réaliser par suite de causes extérieures ou d'agissements humains, il n'en reste pas moins qu'un aléa subsistera. Cet aléa, de plus, pourra donner lieu à des statistiques et à des calculs

de probabilité, exactement comme si l'assureur prenait en charge des fléaux naturels.

D'ailleurs, nous nous trouvons ici parmi des sinistres où le fait de l'homme, entendu dans le sens où il peut modifier la réalisation du risque, joue au minimum, puisqu'il s'agit non seulement d'un tiers, mais encore que ce tiers ne provoque le sinistre qu'involontairement. Il n'est pas de risque, nous le répétons, où l'homme n'intervienne. Même les risques naturels, tels que la foudre, l'inondation, la grêle, donnent lieu à des activités humaines, en ce sens qu'ils provoquent des interventions préventives. Ces interventions étant plus susceptibles de déjouer la probabilité normale, mais dans un sens naturellement favorable à l'assureur, que l'intervention involontaire d'un tiers.

Donc, au point de vue juridique aussi bien que technique, le fait involontaire d'un tiers peut être assuré.

L'hypothèse où le tiers provoque intentionnellement un sinistre, n'est guère différente du cas où il l'occasionne involontairement. La réalisation du risque n'est pas soumise à la volonté de l'une des parties, l'aléa subsiste donc encore et le risque peut être pris en charge par une assurance.

La seule difficulté, ici, est d'ordre technique: l'appréciation de la probabilité par l'assureur sera très délicate. Cependant, les exemples de telles assurances ne manquent pas: contre le vol, contre les risques de guerre ou contre les détournements.

II. — *Le fait de l'assuré*

Les hypothèses où l'assuré lui-même intervient dans la réalisation, sont de beaucoup plus intéressantes, parce qu'elles posent des problèmes nouveaux.

Deux raisons, l'une d'ordre juridique, l'autre d'ordre technique, inexistence de l'aléa, s'opposent à l'assurance du dol par l'assuré.

Mais, à côté du fait purement intentionnel de l'assuré, qui ne laisse place à aucune discussion possible, n'existe-t-il pas des fautes lourdes, qui, par suite d'une négligence peu ordinaire, peuvent être très proches des fautes intentionnelles; puis des négligences plus pardonnables et enfin d'autres que l'individu le plus prudent pouvait commettre?

Parce que non intentionnels, tous ces faits seront-ils traités de la même façon?

Au point de vue de l'Ordre Public, il semble bien que l'on ne devrait pas pouvoir s'assurer contre un sinistre que l'on a soi-même occasionné.

Cependant, de nos jours, la vie moderne nous demande tellement qu'il est difficile de ne pas faillir un jour ou l'autre. Serait-il interdit de se couvrir contre ces défaillances? N'envisageons que les divers cas, où, par notre activité, nous causons un dommage à autrui. La théorie nouvelle de la responsabilité, basée sur le risque, est tellement large, qu'elle finirait par paralyser toute activité par crainte d'accident.

Au point de vue technique, rien n'empêche l'assurance de jouer.

La faute est, par hypothèse, non intentionnelle, c'est une négligence de la part de l'auteur. Un minimum d'aléa subsiste donc.

Seule, la considération, du point de vue moral, peut permettre d'apporter une critique à cette assurance. L'individu va être poussé au fatalisme de l'accident. « Pourquoi être prudent, puisque l'assurance payera! »

Si l'on ne peut nier la gravité des conséquences que peut avoir un tel état d'esprit, on peut lui opposer des nécessités plus impérieuses, accorder à l'homme une sécurité sans laquelle il lui serait, dans les conditions actuelles de la vie, impossible d'agir dans quel domaine que ce soit.

Pendant longtemps, cependant, la jurisprudence a écarté de l'assurance la faute lourde; l'assuré, disait-elle, confiant parce que à l'abri de toute responsabilité, n'a pas fait preuve de la prudence nécessaire, il n'a pas apporté à ses actes l'attention que l'assureur était en droit d'en attendre. Il a modifié par là l'aléa, ce n'est plus celui dont l'assureur s'était fait l'opinion, l'assurance ne jouera pas. Elle n'autorisait que l'assurance des fautes légères.

Après la loi du 9 avril 1898, les compagnies acceptèrent d'assurer le patron contre les fautes inexcusables de sa part.

L'évolution ne s'est terminée que le 13 juillet 1930. L'art. 12 de la loi n'interdit que l'assurance du dol, c'est donc qu'à *contrario*, elle autorise celle de la faute lourde.

Désormais, donc, seule l'assurance de la faute intentionnelle est interdite (1).

(1) Le Droit maritime plus rigoureux, n'admet pas cette solution. Cependant, quoique l'article 351 du Code de Commerce interdise l'assurance des fautes, l'article 353 autorise l'armateur à s'assurer contre les conséquences des fautes de ses préposés: capitaine et gens d'équipage.

Mais il s'agit alors d'une autre question: l'assurance des fautes des

préposés; assurance qui, en Droit terrestre, a suivi la même évolution que l'assurance des fautes de l'assuré.

Avant 1930, la Cour n'admettait pas l'assurance des fautes lourdes des préposés: « L'assuré perd le bénéfice du contrat d'assurance lorsqu'on peut imputer... aux agents dont il est responsable un dol ou une faute lourde susceptible d'être assimilée à un dol ».

L'article 13 de la loi nouvelle est venu décider: « L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil, quelle que soit la nature et la gravité des fautes de ces personnes ». Il faut remarquer que cet article 13 est venu logiquement compléter l'article 12: ces personnes dont il parle n'ont pas d'individualité propre, elles ne sont que la continuation de la personne de l'assureur. On ne pourrait donc faire à l'assuré une situation plus rigoureuse pour les fautes que ses agents commettraient, que pour les fautes que lui-même peut commettre.

Mais l'article 13 est plus large que l'article 12 puisqu'il permet l'assurance de la faute du préposé quelle que soit sa nature, c'est-à-dire, fut-elle intentionnelle. Si le législateur considérait le préposé comme n'étant que le représentant de l'assuré, une telle assurance serait contraire à l'ordre public.

Cette solution s'explique par des raisons pratiques, il faut le plus possible accorder à l'homme la sécurité. Or, ici, aucun des principes de l'assurance n'empêchent le patron de s'assurer si on veut bien considérer le préposé comme un tiers. Pour l'assuré, la réalisation du sinistre, quoique dépendant de la volonté de son préposé, reste un événement aléatoire et imprévisible.

DEUXIÈME PARTIE

L'Opinion du Risque pour l'Assureur

Toute notre première partie a été consacrée à une étude générale du risque. Mais si la classification de sinistres possibles en séries de risques présentant chacune la même probabilité de réalisation est un travail d'une très grande utilité pour l'assureur, il ne saurait s'en contenter.

Il lui faut maintenant passer du général au particulier.

Il faut qu'il applique ces classifications effectuées par les actuaires et les calculs établis par les mathématiciens portant sur des risques abstraits sans caractères propres, aux risques particuliers qui lui sont soumis. Ces risques particuliers, différant chacun du risque moyen sur lequel ont porté les opérations précédentes de synthèse, soit par les circonstances qui les entourent, soit par des détails qui cependant seraient suffisants à déjouer le jeu de la loi établie. Nous rappellerons ici la maxime bien connue : « Toute loi étant établie pour une moyenne, est vraie en général, mais fausse pour chaque cas particulier qu'on lui soumet. » C'est le rôle de l'assureur d'adapter du mieux possible les cal-

culs qui lui ont été légués à chaque risque qu'on lui propose.

Autrement dit, on ne peut appliquer à un risque ayant une individualité propre, une loi qui a été établie en prenant bien soin, au contraire, d'éliminer dans chaque risque ce qu'il y avait de particulier, pour ne retenir que ce qui, en lui, était général à tous.

Il faudra que l'assureur compare chaque risque aux calculs, et qu'il modifie le résultat de ces calculs si le risque en question ne correspond pas exactement au type étudié. Au coefficient afférent à l'ensemble des risques, il ajoutera un coefficient résultant de l'appréciation de chaque risque en particulier; ce coefficient ayant pour résultat d'amener une modification du taux de la prime. Par exemple, s'il est établi que les maisons ne brûlent que dans la proportion de une sur mille, une maison ne paiera pour prime d'assurance contre l'incendie que le millième de sa valeur. Mais si un individu soumet à un assureur une maison contiguë à un dépôt de matières inflammables, il est certain que, par ce seul fait, le calcul des probabilités établies pour les incendies d'immeubles ne peut s'y appliquer; ou du moins si l'assureur tient compte de ces calculs, il en modifiera l'incidence en raison du danger plus grand qu'il court de voir le sinistre se produire. Il majorera la prime prévue pour un cas normal.

Comment l'assureur fera-t-il pour apprécier exactement les risques qui lui sont soumis?

La prise en charge du risque par l'assureur se fait par le contrat d'assurance.

Lorsque deux individus passent un contrat entre eux, chacun cherche à évaluer du mieux possible la pres-

tation de l'autre, puis il la compare à la sienne, et il cherchera à ce que toutes deux soient, sinon exactement égales en valeur, du moins très proches l'une de l'autre.

Ici, l'assureur qui cherche à avoir une opinion exacte du risque qu'on lui propose, ne fait pas autre chose que comparer ce à quoi il s'oblige à ce qu'il doit recevoir.

Mais nous venons déjà de dégager toute l'importance que peut avoir cet examen pour l'assureur. Dans ces conditions, est-ce que le droit commun en matière de consentement répond bien aux exigences de la matière?

En droit commun, d'après le principe du « laisser faire, laisser passer », chaque contractant est livré à lui-même, c'est à lui d'apprécier si le contrat qu'il désire est avantageux ou non pour ses intérêts. S'il croit réaliser une « bonne affaire » et qu'il s'engage, il sera lié et ne pourra se dégager que dans des cas très rares.

En matière d'assurance, l'assureur va évidemment faire de son mieux pour connaître le risque dont il se chargera: il aura des agents et des inspecteurs qui le renseigneront.

Mais, de plus, si, malgré toutes ses investigations, l'assureur n'a pas découvert une circonstance qui aurait été de nature à influencer sur son jugement, si l'assuré ne lui a pas signalé cette circonstance, la loi intervient pour le protéger.

L'article 348 du Code de Commerce, qui fut, jusqu'en 1930, le seul texte sur la question, dit: « Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissance, qui *diminueraient l'opinion du risque* ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. »

Et l'article 21 de la loi du 13 juillet 1930 répète : « ... Le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue *l'opinion pour l'assureur*. »

Dans le Titre I, « Le consentement dans les contrats en général et dans le contrat d'assurance », nous rappellerons quelles sont les obligations réciproques des contractants en droit commun et quelle est leur situation dans un contrat d'assurance. Nous verrons qu'une obligation spéciale incombe à l'assuré, déclarer exactement le risque à l'assureur.

Dans le Titre II, « La déclaration des circonstances permettant l'exakte appréciation des risques », nous nous livrerons à une étude plus approfondie de cette obligation.

TITRE I

LE CONTRAT EN DROIT COMMUN ET EN MATIERE D'ASSURANCES

CHAPITRE PREMIER

EN DROIT COMMUN

Nous allons voir, dans ce premier chapitre, les principes qui sont la base du contrat en Droit commun.

Nous tirerons ensuite de ces principes, les conséquences qui en découlent, et nous montrerons alors quelle est la situation de chaque partie en face du contrat, quelles sont ses obligations, ses devoirs.

SECTION I. — LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

I. — *L'autonomie de la volonté*

« Le Code Civil, quant au régime de la vie économique, ne fait, avons-nous dit, que dérouler les conséquences de la doctrine individualiste du XVIII^e siècle et de la

Révolution, en ne connaissant qu'un seul organe juridique de la vie économique : le contrat. » (1).

Il est logique, qu'ayant des fondements philosophiques et économiques individualistes, le Code Civil partit du principe que « nul ne peut être obligé par la volonté d'autrui » et qu'il donnât comme moule de tous les échanges entre individus, le contrat.

Mais, le législateur, s'il donne un instrument que pourront utiliser les hommes dans leurs échanges, refuse d'intervenir lui-même dans les transactions.

L'individu est laissé libre dans sa vie économique, c'est à lui de se défendre contre tous ceux qui auront des rapports avec lui, c'est à lui de se méfier, de se garder, le législateur ne veut pas s'en occuper.

Dans un contrat, nous verrons, que seuls les contractants sont qualifiés pour juger si leurs engagements réciproques sont égaux en valeur ; le législateur ne viendra pas corriger les échanges inégaux sous prétexte qu'il est immoral et injuste de laisser un faible sous la domination du fort, il ne jouera pas ce rôle de juge suprême (2).

C'est le principe de l'autonomie de la volonté individuelle.

(1) M. le Doyen MORIN : *La révolte des faits contre le Code*, p. 1.

(2) Nous ne nous proposons pas d'étudier ici l'individualisme du Code civil, nous n'en parlons que dans la mesure où cela intéresse notre sujet. Si nous posons ainsi des principes absolus, nous n'ignorons pas que l'individualisme du Code civil est battu en brèche par les faits, par de nombreux auteurs, et par la jurisprudence.

Voir : *La révolte des faits contre le Code*, déjà cité.

II. — *Force obligatoire*

Mais ce principe du « laisser faire laisser passer », n'est pas un régime d'arbitraire et de fantaisie des hommes.

Qu'il nous soit permis de rappeler brièvement ici la morale de Kant dont le Code Civil est si proche : pour Kant, l'homme existe comme une fin en soi, et non pas comme un moyen.

D'où il ne pourra être lié que par lui-même, de sa propre volonté.

Mais, deuxième point, Kant a une morale très autoritaire : l'homme doit obéir à sa conscience.

D'où, une fois lié, il sera soumis à la loi qu'il s'est donnée lui-même, il est à la fois comme le dit M. le Doyen Morin, « auteur et serviteur de la loi ».

Ces deux points se retrouvent exactement dans les principes qui sont à la base des contrats.

Le premier correspond au principe de l'autonomie de la volonté individuelle.

Le second au principe de la force obligatoire, que nous retrouvons dans l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

La morale veut que l'on tiénne la parole donnée. La violation d'une règle légale arrête beaucoup de gens parce qu'ils craignent la sanction de la loi, mais ils s'exposeraient volontiers aux reproches de leur conscience s'il devait en résulter pour eux un bénéfice quelconque.

Et l'art. 1134, qui ne fait que poser en Droit cette règle « tenir sa promesse », correspond bien à la morale, il répond en même temps à cette nécessité pratique : rappeler au sens du respect des principes élémentaires qui forment le Droit naturel, ceux qui pensent que ce qui est légal est moral.

Qu'advierait-il, en effet, sans cet art. 1134 ?

Chacun se verrait autorisé à suivre dans les affaires « la politique du chiffon de papier ». Toute convention dont l'exécution des obligations serait rapportée dans l'avenir serait inexistante, puisqu'il suffirait que les intérêts d'un contractant aient varié à ce moment-là, ou même de sa mauvaise volonté, pour détruire complètement l'accord réalisé auparavant. L'instabilité qui en résulterait dans la vie économique et sociale, ne tarderait pas à détruire l'état de civilisation tout entier auquel nous sommes arrivés.

SECTION II. — LE CONSENTEMENT ET SES VICES

I. — *Quelle va être la situation des contractants ?*

Ils sont livrés à eux-mêmes pour juger de l'opportunité et des avantages de leur engagement.

Et ils ne doivent pas oublier que, dès qu'ils auront donné leur consentement, ils seront irrémédiablement liés et tenus d'exécuter leurs obligations.

Dès lors, avant de s'engager, ils devront s'entourer de toutes les garanties possibles. Ils devront se rensei-

gner sur la valeur exacte de la contre-prestation qu'ils espèrent, sur la personnalité de leur co-contractant, sur sa solvabilité et sa moralité. Ils devront toujours avoir présente à leur esprit cette idée, qu'une fois leur parole ou leur signature donnée, il ne sera plus possible de revenir sur leur décision, même s'ils se sont trompés dans leurs évaluations, même s'ils ont réalisé un échange nettement désavantageux.

II. — *Le consentement*

Cependant, le Code Civil, avons-nous dit, considère que c'est la volonté de s'engager qui lie l'individu. Donc il faudra que l'individu ait voulu réellement s'engager, qu'il en ait eu la volonté, pour que la convention soit valable; ce ne sera pas le fait d'avoir respecté une certaine formalité, comme d'avoir apposé sa signature au bas d'un acte, qui donnera sa valeur à l'acte, mais le fait que l'individu *a consenti*, *a voulu*, cet acte. L'article 1109 dit: « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence, ou surpris par dol ».

Sans en faire l'historique, disons simplement que, de nos jours, l'examen de la volonté des parties s'est substitué à l'examen des formalités. Le juge qui, à l'origine, déclarait valable le contrat dont on lui apportait les preuves des formalités, ne le fera, que s'il a la preuve ou la conviction que les deux parties ont voulu se lier.

Le contrat ne sera valable, autrement dit, que si l'examen du consentement qui a été extériorisé, soit par une signature, soit par un engagement verbal, montre qu'il est bien l'expression de la volonté de celui qui l'a

donné. Qu'il ne tombe pas sous le coup de la nullité par suite de vice du consentement.

Le consentement et ses vices

La volonté d'un contractant, dont nous venons de parler d'une façon abstraite, doit s'exprimer pour se faire connaître; ne serait-ce que de la contre-partie intéressée.

Cette volonté ainsi exprimée, cette déclaration, prend nom de consentement. Le consentement, c'est l'étude de toutes les conditions exigées par notre Droit pour que la déclaration de volonté soit valable, c'est-à-dire génératrice d'obligations.

Etudier ces conditions, revient à étudier la situation d'un contractant au moment où il va s'engager. A quelles conditions l'acte qu'il se propose d'accomplir sera-t-il valable? Cela revient à dire: à quelles obligations le contractant doit-il satisfaire, quels sont ses devoirs?

Nous avons dit tout à l'heure que le législateur n'intervenait pas dans les transactions. C'est, en effet, le principe de non intervention qu'il s'est proposé de suivre. Mais, si le « laisser faire » se comprend pour chaque contrat en particulier, en ce sens, que le législateur ne viendra pas niveler les échanges inégaux, il ne se justifierait plus s'il n'avait d'autre résultat que de faire régner l'anarchie, et de laisser s'établir la loi du plus fort qui ne tarderait pas à s'imposer.

Mais, le législateur a défini les conditions générales auxquelles devront répondre tous les contrats, il ne fait ainsi que régler, mettre au point, l'instrument qu'il se propose de donner aux hommes pour leurs échanges. On ne peut pas dire qu'il fasse là acte d'interventionnisme.

Le législateur, d'abord, ne veut pas qu'un individu puisse être, pour ses semblables, un continuel sujet d'exploitation; pour qu'il puisse participer à la vie juridique, il faudra qu'il ait un esprit assez sain, pour porter un jugement suffisamment clair sur les échanges qu'il pourra effectuer. Et ce sont là, les nombreux cas d'incapacité, depuis celui du mineur, de l'interdit, de l'aliéné et du prodigue, jusqu'à celui de la femme mariée.

Ensuite, deuxième condition que doivent remplir les contractants. Le législateur leur fournit le contrat comme moyen de transaction, et ils peuvent en user, mais à condition de ne pas contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le Code Civil, dans son art. 6 spécifie bien: « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Ce sont là deux obligations générales qui sont imposées aux contractants: avoir la capacité requise, et ne pas déroger à l'art. 6.

En dehors de cela, tout leur sera-t-il permis?

Il semble que ce devrait être la conséquence logique du « laisser faire ».

Et cependant, encore, le législateur exige pour que le contrat produise des effets, que le consentement soit exempt de tous vices. Rappelons encore l'art. 1109: « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement a été donné par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

Le consentement ne sera gnrateur d'obligations, que s'il émane d'une volonté libre et éclairée. S'il est extorqué par un des moyens de l'art. 1109, il n'est pas l'expression de la volonté de l'individu, il n'en est que

l'apparence. Il doit donc être dénué d'effets, puisque l'homme ne peut être engagé que de sa propre volonté.

a) Le consentement est-il donné par erreur, le contrat sera nul, si cette erreur est essentielle, c'est-à-dire si elle porte sur la substance du contrat, ou sur la personne du contractant quand sa personnalité est l'objet même du contrat;

b) La violence employée par un contractant pour amener l'autre à contracter, vicie de même le consentement;

c) L'art. 1116 dit enfin: « Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

Cet article vise le troisième vice du consentement au sujet duquel se sont élevées de nombreuses controverses que nous aurons l'occasion d'étudier plus loin.

CHAPITRE II

SITUATION DES CONTRACTANTS DANS LE CONTRAT D'ASSURANCE

L'acte par lequel un individu s'assure, c'est-à-dire, se décharge d'un risque pour le faire supporter par un assureur, est un contrat.

Nous avons précédemment dégagé, dans le chapitre « Le Droit commun en matière de contrat », cette idée, que c'était à chaque contractant, en vertu du principe du « laisser faire », à se renseigner sur l'égalité de la prestation de son co-contractant avec celle que lui-même devait fournir.

Dans le contrat d'assurance, les deux prestations sont respectivement: pour l'assuré, de verser une somme à l'assureur, la prime; pour l'assureur de se charger désormais du risque au lieu et place de l'assuré et de lui verser une indemnité, si le sinistre se produit.

L'assureur connaît exactement la prestation qu'il va recevoir de son co-contractant, puisque c'est lui qui va la fixer, mais ce qu'il ne connaît pas, c'est la charge exacte que va lui imposer l'assuré. Sa seule préoccupation, sera de se faire une opinion du risque le plus proche possible de la vérité.

Nous supposons que l'assureur connaît le taux de prime qu'il va appliquer au risque qu'il accepte. Il connaît la probabilité de réalisation du sinistre et son degré d'intensité qui lui ont été révélés par les statistiques. La prime étant la valeur actuelle du dommage

éventuel couru par l'assuré, l'assureur sait calculer cette prime, aussi bien que le banquier sait donner une valeur à un titre de bourse remboursable à terme.

Mais la connaissance des statistiques et des calculs, ne lui seraient d'aucune utilité, s'il ne savait apprécier exactement le risque qu'on lui soumet. A quoi lui servirait la rigoureuse exactitude des résultats obtenus par les statisticiens et mathématiciens, si la loi ainsi établie est faussée parce que le risque qu'il doit présentement apprécier est entouré de conditions spéciales, de circonstances particulières?

Découvrir ces circonstances particulières, ces faits secondaires, qui peuvent gêner ou au contraire précipiter la réalisation du sinistre, ce sera une des formes de l'activité de l'assureur, ce sera son rôle de contractant.

Quels moyens va-t-il employer pour se faire l'opinion la plus juste? La loi ne vient-elle pas le favoriser? C'est ce que nous allons voir maintenant.

D'abord, il pourra questionner le futur assuré par l'intermédiaire de son agent, et cet agent pourra, lui-même, lui donner des renseignements.

Enfin, nous verrons comment le législateur lui a fait une situation privilégiée.

SECTION I. — LES RENSEIGNEMENTS DE L'AGENT LE RÔLE DE L'INSPECTEUR

Nous sommes ici obligés de donner quelques précisions sur l'organisation pratique des grandes Compagnies qui se livrent à l'assurance. Ces Compagnies sont le plus souvent constituées en Sociétés anonymes, et elles exercent leur activité, sur tout le territoire, parfois

même à l'étranger et aux colonies. Elles sont représentées par un Conseil d'administration et un Directeur. Ces organes sont trop éloignés des clients pour passer eux-mêmes les contrats. En conséquence, chaque Compagnie divise le territoire où elle exerce en de nombreuses circonscriptions. Dans chaque circonscription, elle donne un monopole à un agent pour recruter les individus susceptibles de s'assurer, et elle lui donne mandat pour contracter en son nom.

Il est évident, que parmi les divers procédés employés par l'assureur pour déterminer exactement le risque, les renseignements que peut lui donner son agent local, sera peut-être celui auquel il se rapportera le plus souvent.

L'agent, en effet, est tout près du risque qu'il va chercher à apprécier, il a des relations qui peuvent, le cas échéant, lui fournir de précieuses indications; et il transmettra l'opinion qu'il s'est faite à l'assureur.

Pour une assurance contre l'incendie, il pourra s'enquérir de la situation de l'immeuble, de la nature de l'exploitation en matière d'assurance accidents (1).

Cependant, il ne faut pas oublier que l'agent, étant personnellement intéressé par une commission, a tendance à donner des renseignements favorables pour traiter le plus d'affaires possibles. Comme le fait remarquer M. Dumanoir (2) « en pratique, les agents produc-

(1) Dans l'assurance vie où la détermination du risque dépend, dans une large mesure de l'état de santé, du genre de vie et de la moralité du postulant, il aura un rôle particulièrement utile à jouer.

(2) *Revue Générale des Assurances*, 1934, p. 257: « Du choix du risque dans l'assurance sur la vie sans examen médical », par Marcel COSMAO-DUMANOIR.

teurs, estimant que leur rôle consiste à conclure des affaires, et non pas à les entraver, se dérobent le plus qu'ils peuvent à ce devoir, ou bien, lorsqu'ils ne peuvent se taire, se cantonnent dans des formules convenues et vagues, ou dans des plaidoyers sans portée réelle, destinés, dans leur esprit, à détruire l'impression défavorable d'un fait qu'ils n'ont pas pu cacher ».

Cependant, il ne faudrait pas exagérer cette tendance des agents. Et, d'autre part, les assureurs la connaissent bien et emploient plusieurs moyens pour la freiner.

D'abord, ils fournissent à leur agent un formulaire très complet, de telle façon, qu'ils ne pourront pas passer sous silence, certains faits, ils pourront seulement les présenter sous un jour favorable, comme, par exemple, une réforme militaire dans l'assurance sur la vie. Ce sera à l'assureur de discerner ce qu'il doit retenir et ce qu'il doit laisser du rapport de son agent.

L'agent, peut encore, être intéressé par une participation supplémentaire aux bénéfices dont les modalités varient suivant les Compagnies. C'est-à-dire que sa commission sera plus élevée, si les risques qu'il a apporté à la Compagnie, se réalisent dans une faible proportion. Ou encore, pour des risques très importants, ou situés dans des circonscriptions qu'elles se sont réservées, les Compagnies font, quelquefois, procéder à des expertises par des spécialistes.

Du reste, il faut distinguer entre les agents d'une Compagnie.

Les uns ne sont que salariés de la Compagnie, et ne l'engagent alors que dans les termes de l'art. 1384: par les délits et quasi-délits qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leur profession.

Les autres, véritables mandataires, l'engagent par tous les contrats conclus dans la limite des pouvoirs qui lui ont été attribués par le mandat.

Quant à savoir à quelles bases se rapporter pour distinguer un agent d'un sous-agent ou d'un courtier, la jurisprudence n'est pas unanime.

Pour Grenoble (1) « ...la qualité d'agent particulier d'une Compagnie d'assurance ne peut être établie que par un diplôme de commission qui attribue expressément cette qualité, ou par des pouvoirs de faits confiés par la Compagnie, par des relations établies entre la Compagnie et celui qui se prévaut de cette qualité et qui ne permettent pas de douter que celui-ci soit le véritable représentant dans le canton, de la Compagnie d'assurance ».

D'autre part, la Cour de Bordeaux dit, qu'on ne saurait contester la qualité de préposé à celui qui, au nom de la Compagnie, signe la police, en vertu de laquelle les primes ont été exigées et perçues.

Rôle de l'inspecteur

Ce sont là les renseignements que la Compagnie recueille grâce à son organisation, avant la conclusion du contrat.

Mais il n'est pas sûr que les chances de réalisation du sinistre soient immuables, elles peuvent varier avec le temps. Si un entrepôt de matières inflammables s'établit à côté d'une maison déjà assurée contre l'incendie, il est évident que le risque en sera modifié, et l'assureur à intérêt à le savoir.

(1) 21 janvier 1892. R. P., 1892, 643.

Pour les tenir au courant des modifications du risque postérieures au contrat, les Compagnies ont un service d'inspecteurs dont c'est l'une des attributions.

SECTION II. — OBLIGATION POUR L'ASSURÉ DE DÉCLARER EXACTEMENT LE RISQUE

Si le législateur appliquait le « laisser faire » aux assurances, l'assureur n'aurait pour se renseigner que ses investigations personnelles. Et s'il contractait, en croyant se charger d'un risque minime, alors qu'en réalité le risque serait de beaucoup plus élevé, tant pis pour lui, le législateur refuserait de venir équilibrer la transaction. L'assureur supporterait la perte, il n'aurait qu'à s'en prendre à lui-même de sa négligence.

Mais l'assureur bénéficie ici d'une faveur spéciale.

L'art. 15 de la loi du 13 juillet 1930 dit, en effet : « L'assuré est obligé... ; 2° de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge ; 3° de déclarer à l'assureur, conformément à l'art. 17 les circonstances spécifiées dans la police qui ont pour conséquence d'aggraver les risques ».

Et cette solution législative ne fait que confirmer une attitude bien affirmée de la jurisprudence, qui appliquait aux assurances terrestres, ce que l'art. 348 du Code de Commerce prévoyait déjà pour les assurances maritimes.

Comment l'assuré devra-t-il faire cette déclaration?

Ou bien l'assureur lui soumettra un questionnaire qu'il devra remplir;

Ou bien, c'est l'assuré qui, spontanément, donnera tous les renseignements qui lui sembleront devoir éclairer l'assureur.

C'est cette deuxième méthode qui est « le procédé traditionnel français ».

Le procédé du questionnaire a une apparence de logique qui semblerait devoir l'imposer. L'assuré ne sait pas quelles sont les circonstances susceptibles d'aider l'assureur, et il peut en passer sous silence. Qui connaît mieux que l'assureur les faits capables de modifier l'opinion du risque? Et alors, pourquoi n'interrogerait-il pas l'assuré, plutôt que de le laisser dans l'embarras?

Mais, à côté de ces avantages, l'assureur, voulant utiliser l'art. 15 à son profit, serait tenté de multiplier les questions, de les poser à double sens de façon à provoquer des erreurs chez l'assuré. Et alors qu'on croirait lui donner pleine sécurité, il serait tout surpris au contraire, le jour du sinistre, d'être débouté pour mauvaise foi.

M. Capitant (1) dit, à propos de ces deux procédés: « L'un et l'autre ont des avantages. Le second (questionnaire est plus précis et semble mieux protéger l'assuré de bonne foi. Le premier, dit l'exposé des motifs, est plus souple; il n'aboutit pas à une nullité presque automatique quand une réponse renferme une inexactitude; il

(1) CAPITANT: « La loi de 1930 sur les assurances », *Revue Générale des Assurances*, 1930, p. 759.

s'adapte à chaque risque. Mais il laisse la porte ouverte aux chicanes. Au surplus, si la loi n'impose pas l'emploi du questionnaire, elle ne l'interdit pas ».

D'ailleurs, il ne faut pas oublier que l'assuré, en pratique, ne sera pas laissé seul, l'agent qui représente l'assureur et qui traitera avec lui, lui indiquera tous les points importants qui aggravent le risque et lui demandera de les signaler. Et ceci d'autant plus volontiers que ce sera pour lui une raison de majorer la prime.

L'art. 15 impose en réalité deux obligations à l'assuré : la première déclarer exactement le risque lors de la conclusion du contrat ; la deuxième, déclarer les aggravations pendant la durée du contrat.

Lorsque nous avons rappelé les principes généraux du contrat, nous avons constaté, qu'en vertu du laisser faire, les deux parties étaient laissées face à face, et débattaient ainsi, librement, les conditions de leur engagement. Pour que la loi intervienne, il fallait « ...que soient prouvés des faits frauduleux particulièrement graves et constitutifs de dol, ou une erreur portant sur la substance du contrat. Mais ces exceptions mises à part, et pour les personnes maîtresses de leurs droits, la loi veut ignorer les petits calculs, les menues roueries qui sont monnaie courante dans la pratique des affaires » (1).

Nous avons montré, en particulier, en étudiant le dol, que la réticence n'était retenue comme cause de nullité que si elle remplissait les conditions exigées par l'ar-

(1) *La déclaration du risque dans les assurances terrestres d'après la loi du 13 juillet 1930*, thèse, MONCHARMONT, p. 8.

ticle 1116 et notamment, que sans elle, la victime n'aurait pas contracté.

En matière d'assurance, nous rencontrons cette obligation d'absolue sincérité, qui pèse sur l'assuré. Donc, la moindre réticence volontaire de sa part qui modifiera l'opinion du risque, sera cause de nullité, sans avoir besoin d'apporter la preuve que c'est cette réticence qui a amené à contracter.

Il est évident « qu'il n'est matériellement pas possible à l'assureur de se procurer par lui-même les renseignements, il doit les attendre de celui qui propose l'assurance et qui a, dès lors, envers lui, un devoir de déclaration » (1).

C'est ce qui montre justement combien la règle posée ici par le législateur est exceptionnelle.

Et comme, étudier l'opinion du risque pour l'assureur, revient dans une large mesure, et même presque exclusivement, à s'occuper de l'obligation de déclarer de la part de l'assuré, nous allons l'étudier dans un titre spécial.

(1) REHFOUS: *Les assurances*, cours professé à Genève. Cité par M. Ferdinand BRICARD, dans: *Les réticences dans les assurances*, p. 35.

TITRE II

LA DECLARATION DES CIRCONSTANCES PERMETTANT L'EXACTE APPRECIATION DES RISQUES

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT ET ETENDUE DE L'OBLIGATION DE DECLARER EXACTEMENT LES RISQUES AU MOMENT DU CONTRAT

SECTION I. — FONDEMENT

En présence de cette règle commune aux assurances maritimes et aux assurances terrestres, une question se présente immédiatement à l'esprit ; pour quels motifs le législateur a-t-il obligé l'assuré à déclarer exactement les risques à son co-contractant ? Pourquoi s'est-il départi du principe de non intervention ?

Quoique la règle énoncée par l'art. 15 de la loi du 13 juillet 1930 semble n'être que la répétition de celle contenue dans l'art. 348 du Code de Commerce, nous allons voir, qu'en réalité elles sont nées de préoccupations différentes.

La règle s'est imposée à l'origine comme une protection nécessaire de l'assureur. Et, si, de nos jours, le législateur l'a maintenue, ce n'est pas pour protéger l'assureur, mais pour favoriser l'institution de l'assurance elle-même.

Sans poser à nouveau le problème de leur origine, et chercher à savoir si elles sont nées où non du pari, il est tout de même certain qu'à leurs débuts, les assurances présentaient un caractère spéculatif. Le fait seul que le contrat était passé entre deux personnes isolées, et que les opérations de l'assureur ne portaient que sur un nombre restreint, les rendaient hasardeuses pour lui. Il était peut-être possible, par les théories de l'intérêt et le caractère indemnitaire, de distinguer l'assurance du pari, mais il n'en reste pas moins que l'assureur qui garantissait un risque réel, faisait là une opération extrêmement aléatoire.

A ce premier caractère, il faut ajouter qu'à ce moment là, les assurances n'avaient aucune base scientifique.

Il était difficile aux assureurs de connaître les circonstances particulières entourant chaque sinistre. Le seul moyen dont ils disposaient, était de se réunir entre gens se livrant au même commerce, dans des cafés, et de se donner mutuellement des renseignements sur les vaisseaux, sur la moralité des assurés. Aussi, le plus souvent, les assureurs étaient-ils obligés, pour fixer la prime, de ne s'en rapporter qu'à la somme totale assurée.

D'autant plus qu'en général, il leur eut été matériellement impossible d'apprécier la gravité de risque, le navire qu'on voulait assurer pouvant se trouver en cours de voyage, ou dans un port lointain.

Le seul moyen pour l'assurance d'obtenir ces renseignements, qui lui permettraient, du même coup, de fixer plus exactement la prime et d'obtenir par là un peu plus de sécurité dans son commerce, était de les exiger de l'assuré. Et les assureurs ne se firent pas faute, en effet, d'exiger de leurs assurés toutes déclarations de nature à leur faire connaître exactement le risque. Et les polices de l'époque rapportent que les assurés devaient même déclarer « ce qu'ils avaient appris de la puissance surnaturelle des devins et des astrologues ».

Mais, si la déclaration exacte du risque était conventionnellement exigée dès le début des assurances, il n'est pas certain que la nullité de la police fut admise au cas où l'assuré n'aurait pas exactement renseigné l'assureur si une clause particulière ne le demandait pas.

Le « Guidon de la Mer » n'était pas formel sur ce point, les textes prêtaient à discussion, et des controverses s'élevèrent entre auteurs. Valin n'admettait pas le système de la nullité en cas de réticence ou fausse déclaration. D'après lui, il eut suffi que l'assuré verse, au moment du sinistre, un supplément de prime correspondant au risque plus élevé qu'il n'avait pas déclaré.

Mais Emérigeon le critiquait en disant que : « Ce serait un triste présent que l'on ferait aux assureurs, si en les condamnant à payer la perte, on leur accordait une augmentation de prime ».

D'ailleurs, le Guidon, quoique prêtant à controverse, semble bien cependant se baser sur des raisons d'équité, assimiler l'assureur à un incapable pour justifier cette nullité « Au pupille, à la veuve et à l'absent, qui ne peuvent et ne doivent être trompés ». Il le représente encore comme obligé de suivre : « La relation, prud'

hommie et fidélité de son marchand chargeur, pré-supposant qu'il soit loyal en sa trafique... » (1).

A ce moment là donc, on oblige l'assuré à déclarer exactement le risque à son assureur, parce que ce dernier, au moment où il contracte, est à l'entière merci de son co-contractant. Cette règle est donc admise dans le but de protéger l'assureur : celui-ci est obligé de s'en remettre à la bonne foi de l'autre partie, et le législateur ne veut pas qu'il ait à s'en repentir, il veut que la déclaration de l'assuré puisse être considérée par lui comme absolument exacte. Il n'y avait qu'un seul moyen : annuler le contrat en cas d'inexactitude.

Et l'art. 348 du Code de Commerce a été rédigé dans cet esprit.

Mais, si à cette époque, le commerce des assurances présentait de tels dangers, que soit nécessaire une dérogation au principe de non intervention, en est-il de même de nos jours?

Au XIX^e siècle, avec la concentration des capitaux, se créèrent les grandes Compagnies d'assurance. Mais cette puissance accrue, si elle eut de bienfaisants résultats, eut aussi des inconvénients. M. le Doyen Morin, dans *La Révolte des faits contre le Code*, montre comment le Code qui était prévu pour des échanges entre individus isolés, ne convient plus à la vie moderne, où, en face du groupement des capitaux, constitués en puissantes Sociétés, l'homme n'a plus qu'à s'incliner. Et il cite précisément comme exemple de cet état de choses, l'assurance « ...en France, ainsi que dans presque tous les pays, les diverses branches d'assurances sont exploitées par des Compagnies très puissantes qui font la loi du contrat, loi d'autant plus impérieuse,

qu'il y a une grande parenté entre les polices des diverses Compagnies, ce qui enlève à l'individu qui veut s'assurer le bénéfice de la liberté du choix de sa contrepartie » (1).

Nous nous trouvons ici, en face d'un de ces contrats d'adhésion, c'est-à-dire, qui a été rédigé à l'avance par la partie la plus forte sans tenir compte des désirs de l'autre. Et, au moment où le contrat sera soumis au co-contractant, les termes en seront définitivement arrêtés, et celui-ci n'aura qu'une chose à faire, accepter en bloc ou refuser, aucun arrangement, aucune discussion ne sera possible.

On constate alors qu'il s'est produit un revirement : alors qu'au début de l'assurance, c'est l'assureur qui semblait digne d'intérêt en raison de sa situation lors de la conclusion du contrat, c'est l'assuré aujourd'hui qui mérite d'être protégé.

Pourquoi, de nos jours encore, l'art. 15 de la loi du 13 juillet 1930, continue à imposer cette déclaration à l'assuré, alors que l'assureur a tous les moyens de se renseigner lui-même ?

Il semblerait que cette règle ne s'explique qu'historiquement, que ce ne soit qu'une survivance de l'art. 348 du Code de Commerce.

Non, si le législateur continue à la faire peser sur l'assuré avec toutes ses conséquences, ce n'est plus pour protéger l'assureur qui n'en a pas besoin, c'est pour le bien des assurances en général.

(1) *La révolte des faits contre le Code*, M. le Doyen MORIN, p. 13.

Malgré la solidité actuelle des Compagnies, une connaissance exacte du risque est une condition essentielle de leur existence. Ce n'est pas parce qu'elles ont une base scientifique qu'elles peuvent se permettre des écarts, au contraire, leur fondement mathématique trace leurs limites.

Or, l'assureur, malgré sa puissance, dispose de moyens imparfaits pour se faire lui-même une opinion.

Il pourra bien, dans certains cas, visiter les lieux quand il s'agira d'assurer un immeuble contre l'incendie, ou s'en rapporter à des « cotes » de sécurité établies par des spécialistes en matière maritime. Mais il ne faut pas oublier que toutes ces investigations ne seront pas faites directement par l'assureur, mais par ses agents qui, s'ils n'ont pas leur intérêt directement opposé à celui de la Compagnie, peuvent quelquefois se montrer plus larges qu'ils ne devraient l'être.

Mais, si le législateur semble accorder des faveurs à la Compagnie qui, cependant ne paraît pas en avoir besoin, c'est dans le but de favoriser l'assurance qui est utile à tous.

Qu'advviendrait-il, en effet, si l'assuré n'était pas obligé de déclarer le risque?

L'assureur qui ne peut avoir suffisamment confiance dans ses agents, pour le renseigner, serait obligé de créer un service particulier avec un personnel nouveau, pour apprécier les risques. Ses frais généraux seraient augmentés, et à son tour la prime serait élevée. Ce serait donc finalement l'assuré que l'on veut protéger que l'on atteindrait.

D'autre part, le plus souvent, l'assuré désire être débarrassé de ce risque qui l'obsède, le plus vite possi-

ble, il s'adressera à une Compagnie et exigera qu'immédiatement elle le décharge de ce souci. Mais, comme l'assureur ne voudra pas accepter le risque sans l'avoir évalué exactement, puisque, par hypothèse, il n'est plus couvert par l'art. 15, il demandera tout le temps nécessaire pour se renseigner.

Obliger l'assuré à déclarer exactement le risque, c'est permettre à l'assureur plus de rapidité dans les affaires, et en même temps, lui éviter des frais supplémentaires. Toutes choses que l'assuré finirait finalement par supporter si on ne s'occupait pas de l'assureur.

Les assurances obtiennent ce résultat, supprimer les événements aléatoires pour l'individu, en les faisant supporter par l'ensemble des assurés ; par là même, elles régularisent la vie économique toute entière du pays et le législateur les voit se développer d'un œil bienveillant. C'est pour faciliter leur extension qu'il accorde tant de facilités aux Compagnies. En leur permettant d'annuler, le jour du sinistre, la police d'un assuré qui pouvait se croire couvert, le législateur ne fait que sacrifier un intérêt particulier à l'intérêt général.

SECTION II. — ETENDUE DE L'OBLIGATION

Nous ne voulons pas donner ici une liste, même incomplète, des circonstances que doit déclarer l'assuré à son assureur. Nous voulons simplement examiner quelles conditions doit remplir un fait pour que sa déclaration soit obligatoire, et sa non déclaration considérée comme une réticence.

I. — *Il faut qu'il soit de nature
à modifier l'opinion du risque chez l'assureur*

L'art. 348, déjà, précisait que pour annuler le contrat, la fausse déclaration devait diminuer l'opinion du risque.

Doctrines et jurisprudence étaient d'accord. « La réticence ou fausse déclaration, n'entraîne la déchéance, qu'autant qu'elle est susceptible d'influer sur l'opinion du risque » (1).

Et la loi du 13 juillet 1930, dit, non moins clairement, « toutes circonstances connues de lui, qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge ».

Nous avons vu pour quelles raisons cette obligation a été tracée à l'assuré, il est évident qu'il n'y aurait aucun intérêt pour l'assureur à ce que l'assuré lui signale des faits dont il n'aurait que faire.

Ce point ne soulève aucune difficulté.

Mais, d'autres questions peuvent se poser.

D'abord, pratiquement, quels faits l'assuré devra-t-il signaler?

Doit-il déclarer, non seulement ce qu'il sait, mais aussi ce qu'il croit, qu'il espère ou qu'il craint?

Remarquons d'abord que l'assuré sera mis au courant par l'agent, qui le conseillera.

(1) Requête 5 janvier 1916; D. 1916-1-210; Civil, 4 avril 1887; D. 1887-1-241; Requête, 24 avril 1923; D. 1923-1-181.

Voir LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, t. VI, n° 1449.

Et d'autre part, en la matière, on ne peut poser de règle générale, chaque cas est un cas particulier. Et les Tribunaux se sont donnés un pouvoir d'appréciation souverain: « Le pouvoir souverain des tribunaux pour apprécier les faits qui sont de nature à constituer une réticence dans le sens de l'article 348 a été proclamée dans de nombreux arrêts » (1).

Ensuite, à quoi reconnaîtra-t-on que le fait non déclaré eut influé sur l'opinion du risque?

Il est un principe qui dit: c'est à celui qui allègue un fait de prouver son existence. Ici, ce sera l'assureur qui prétendra que l'assuré lui a caché certains faits. Ce sera donc à lui de prouver les deux points: d'abord que cette circonstance qui lui a été dissimulée existe bien; et ensuite que son opinion n'eut pas été la même s'il l'eut connue.

Il apportera ces deux preuves devant le juge, et celui-ci appréciera s'il doit retenir le fait dissimulé comme une réticence ou non. C'est l'opinion de la Cour de Cassation « qu'il rentre dans les attributions du juge du fait, de rechercher dans les éléments de la cause, si la non déclaration d'un acte ou d'un fait a pu influencer dans l'esprit des assureurs, sur l'opinion ou sur l'objet du risque assuré » (2). Et les juges donnent leur avis, sans se rapporter à un critère précis, le plus souvent même sans le justifier.

(1) Note au Dalloz 1881-1-164; voir D. 1876-1-435.

(2) 2 janvier 1877; D. 1881-1-164; voir D. 1916-1-210; D. 1923-1-181; D. 1925-1-116.

II. — *Il faut que l'assuré ait eu connaissance du fait*

Avec l'article 348, des controverses opposaient les auteurs.

Certains prétendaient que, même s'il ne connaissait pas les faits, il suffirait qu'ils aient existé pour que l'assureur put demander la nullité « ...la loi... a attaché le sort de l'assurance à l'opinion que l'assureur s'est formé de l'étendue des risques » (1).

Pour voir s'il y a réticence ou non, on s'occupera donc d'une seule chose : l'opinion de l'assureur est-elle bien ce qu'elle aurait dû être ?

Peu importe alors que l'assuré ait connu ou non le fait qu'il aurait dû signaler. L'assureur doit être parfaitement renseigné. Et cette obligation de le renseigner incombe à l'assuré. Peu importe qu'il ait été un co-contractant consciencieux et scrupuleux, qu'il ait fait son possible pour remplir ce devoir qui lui incombait, une seule chose compte : l'opinion de l'assureur a été faussée.

Et la jurisprudence qui prononçait la nullité du contrat même lorsque l'assuré avait prouvé sa bonne foi, parce que, disait-elle, le législateur avait entendu faire de l'opinion de l'assureur une condition absolue d'existence, aurait dû, logiquement, prononcer la nullité même, quand c'est parce qu'il ne la connaissait pas que l'assuré n'a pas déclaré la circonstance.

(1) *De l'opinion du risque dans le contrat d'assurance.* QUENTIN, page 127.

Mais, elle ne l'a pas fait, elle a refusé d'aller aussi loin. C'était faire bon marché des termes de l'art. 348 qui exige une réticence. Comment y aurait-il eu réticence de la part de l'assuré puisqu'il ignorait les faits, « ...légalement il n'y a pas réticence, pour taire il faut savoir » (1).

Et nous verrons qu'elle reconnaissait déjà par là, la rigueur excessive de la règle et laissait place à une évolution qui devait aboutir à des solutions plus favorables à l'assuré.

La loi du 13 juillet 1930 précise : « L'assuré est obligé de déclarer exactement... *toutes les circonstances connues de lui* ».

Et c'est logique : la loi nouvelle, nous le verrons, est moins favorable à l'assureur, et si elle prononce la nullité en cas de réticence de la part de l'assuré, c'est qu'elle considère cette réticence comme un dol.

Ce n'est donc plus l'opinion de l'assureur qui est mise en avant, et on comprend alors qu'on ne puisse pas reprocher à l'assuré de ne pas avoir déclaré un fait qu'il ne connaissait pas.

La question de savoir si l'assuré connaissait ou non les faits qu'on lui reproche d'avoir cachés est laissée à l'appréciation du juge.

(1) D'après DUPUICH. Cité par MONCHARMONT, dans : *La déclaration du risque dans les assurances terrestres d'après la loi de 1930*, p. 54.

CHAPITRE II

SANCTION DES FAUSSES DECLARATIONS ET DES RETICENCES DE L'ASSURE

SECTION I. — SOLUTIONS LÉGALES

Au cas où l'assuré se rendrait coupable de fausse déclaration ou de réticence, quelle va être l'attitude du législateur? Nous avons vu que l'obligation de déclarer ne se justifiait plus de nos jours par les mêmes raisons qui lui avaient donné naissance.

A l'origine, le commerce des assurances était très aléatoire en raison des méthodes précaires sur lesquelles il reposait. L'assureur cherchait à limiter le plus possible ses engagements, et la moindre réticence ou fausse déclaration de l'assuré lui était une occasion d'annuler le contrat lorsque le sinistre se produisait. On admettait, en raison des dangers de ce commerce, que le seul fait pour l'assureur d'avoir été trompé, lui donnait droit à demander la nullité.

De nos jours, au contraire, les assurances ont des bases solides, et on ne saurait admettre que l'obligation pour l'assuré de déclarer le risque ne puisse être qu'un prétexte pour l'assureur de demander la nullité. L'assureur ne mérite plus, de nos jours, toutes les attentions qu'on avait jadis pour lui, il faut maintenant se préoccuper de l'intérêt de l'assuré.

Aussi, verrons-nous, sur ce point, une opposition marquée entre le Droit maritime et le Droit terrestre. Opposition qui ne se justifie, à vrai dire, aucunement à l'heure actuelle où les assurances maritimes sont aussi sûres que les assurances terrestres, mais qui est le résultat d'une évolution historique. Alors que le Droit maritime est encore régi par le texte archaïque des débuts de l'assurance, le Droit terrestre, au contraire, est au courant de l'évolution en raison de la législation récente qui s'en est occupée.

I. — *En Droit maritime*

L'art. 348 est formel : « Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré... qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet annulent l'assurance. L'assurance est nulle, même dans le cas où la réticence ou la fausse déclaration... n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré ».

Cette sanction, nullité du contrat, peut paraître sévère, mais elle s'imposait. Il est tellement facile, pour l'assuré de tromper son co-contractant, que seule une sanction rigoureuse pouvait l'en empêcher ; c'était le seul moyen d'obtenir une déclaration exacte.

Mais, la sanction devait-elle s'appliquer indistinctement à l'assuré de bonne foi, comme à celui de mauvaise foi ?

Était-ce une excuse pour l'assuré de dire à son assureur : évidemment, je ne vous ai pas déclaré telle circonstance, mais c'est que j'ignorai qu'elle pouvait vous être utile ou bien, c'est que je ne la connaissais pas moi-même, et dans ces conditions je ne comprends pas pourquoi vous voudriez annuler mon contrat.

La doctrine était divisée. Et nous verrons que la question étant ainsi posée, la réponse dépend de la nature juridique que l'on donne à la sanction de l'art. 348. Mais maintenant, nous ne voulons qu'étudier les solutions jurisprudentielles. Qu'il nous suffise donc de dire ici que la jurisprudence admet que l'art. 348 prononce la nullité du contrat en raison de l'erreur que la réticence ou la fausse déclaration a provoqué chez l'assureur.

La jurisprudence dit en effet « qu'il importe peu que cette fausse déclaration ait été faite sans fraude » (1), ou encore, « qu'il y a réticence, alors même qu'en dehors de dol ou de fraude, l'assuré a, par négligence, ou inadvertance, omis de donner tel renseignement qu'il possédait » (2).

Des personnes à qui appartient la nullité

Nous verrons tout à l'heure, à propos de la nature juridique de la sanction, que certains auteurs semblaient considérer cette nullité comme résultant d'une absence de consentement. Dans ces conditions, la nullité eut été absolue et non pas relative, l'assuré aurait pu la demander aussi bien que l'assureur. Mais, nous verrons aussi que ce point de vue est insoutenable, il y a bien accord de volonté entre les deux parties, et seul le consentement de l'assureur a été altéré. D'ailleurs, c'est lui seul que la loi a l'intention de protéger.

(1) D. 1856-2-157.

(2) Rennes sous requête D. 1900-1-153; voir encore, Rennes, 14 juin 1869; D. 1871-2-126; Paris, janvier 1877. sous Civil, 14 décembre 1880; D. 1881-1-164.

On ne peut admettre non plus, comme certains l'ont prétendu, que l'assuré, lorsqu'il était de bonne foi avait le droit de demander la nullité. « Admettre l'assuré à exercer l'action de l'art. 348, ce serait favoriser la fraude ou la négligence au lieu de la punir ».

Les assurés, en effet, lorsque le sinistre ne se produirait pas, ne manqueraient pas de refuser de payer la prime sous prétexte qu'ils ont découvert une circonstance qu'ils avaient jusqu'alors ignoré et qui eut changé l'opinion du risque pour l'assureur.

En définitive, la jurisprudence regarde l'art. 348 comme étant uniquement créé dans le but de protéger l'assureur, dans le but de lui éviter de vérifier les déclarations de ses assurés, et c'est lui seul qui aura le droit d'intenter l'action en nullité. C'est une action en nullité relative que l'art. 348 met à sa disposition.

Des preuves à fournir

L'assurance devra en apporter deux : d'abord, il devra prouver que le fait qui a été omis existe ou existait bien. Ensuite, il devra montrer que la non connaissance de ce fait a influé sur l'opinion qu'il s'est faite du risque, à moins que ce fait ne soit déjà porté dans la police comme devant la modifier.

Pour cette preuve, il pourra employer tous les moyens admis dans notre Droit.

Mais l'assuré pourra lui opposer, à son tour, que malgré qu'il ne les lui ait pas déclarés, l'assureur connaissait ces faits. Et il pourra employer tous les modes de preuves. Sauf, toutefois, s'il prétend que c'est d'un commun accord que tous deux ont décidé de ne pas les signaler dans la police. Dans ce cas on appliquera l'article 1341 : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins

contre et outre le contenu aux actes... » et il devra alors posséder un commencement de preuve par écrit, ou recourir alors à la preuve par écrit ou au serment.

Ce sont les deux seules preuves, que l'assureur doit apporter. Peu importe que le fait non déclaré n'ait pas influé sur la non réalisation du sinistre, le deuxième alinéa de l'art. 348 le dit expressément. Ainsi, en présence d'un navire n'ayant pas suivi le parcours indiqué dans la police, et ayant péri par incendie; en supposant que le fait d'avoir changé de parcours n'ait pas influé sur le sinistre, l'assureur pourra tout de même demander la nullité pour fausse déclaration.

Cette solution est tout à fait logique si l'on se rappelle que le contrat est nul dès l'origine à la suite de cette fausse déclaration, parce que l'assureur a été induit en erreur. Le contrat est nul du jour de la passation parce que le consentement de l'une des parties a été vicié. Il n'est pas nécessaire que cette erreur soit pour lui une cause de dommage, il pourra s'en prévaloir quoiqu'il arrive.

Des dommages-intérêts complémentaires

Une dernière question se pose à propos de l'art. 348: est-il suffisant d'accorder à l'assureur la nullité du contrat? L'assureur ne peut-il subir du fait de la résiliation un dommage et ne peut-il alors demander une indemnité?

L'assureur ne subit un préjudice, que dans l'hypothèse où, s'apercevant de son erreur, il résilie le contrat avant tout sinistre. Et la question se présente en pratique sous cette forme: l'assureur doit-il restituer les primes?

Remarquons d'abord ici que la jurisprudence appliquait l'art. 348 aux aggravations de risques postérieures au contrat; les polices, d'ailleurs, ne tardèrent pas à prévoir ces aggravations et à les sanctionner par la nullité. Le jour où se produisait l'aggravation, l'assureur pouvait faire annuler le contrat, ou plus justement le résilier. Mais cette résiliation ne comportait pas d'effet rétroactif et l'assureur pouvait conserver les primes afférentes au temps pendant lequel le contrat avait couru.

Mais, pour les primes qu'il a déjà perçues pour la période postérieure? Ou encore dans l'hypothèse où le contrat avait couru.

L'assureur n'a aucun droit à ces primes. La nullité ayant effet rétroactif, le contrat ne peut avoir créé aucune obligation pour l'une quelconque des parties, de même que toute obligation disparaît du jour de la résiliation. Aucun effet ne doit subsister, et l'assureur doit restituer la prime, ou la portion de prime.

La Cour de Rouen, le 21 janvier 1876 (1) s'exprime ainsi: « Que nulle dès le principe... la convention aléatoire n'a pu produire aucun effet légal ni juridique, qu'il y a lieu dès lors de la déclarer non avenue et de valider les offres faites à B... de lui restituer la somme de 834 francs montant de la prime qu'il a payé », ou encore: « l'obligation de chacune des parties dans une convention synnalagmatique, ayant pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie, l'assureur... ne

(1) D. 1887-2-126.

peut exiger le paiement de la prime afférente aux risques dont il obtient l'exonération » (1).

Cependant, déjà, la jurisprudence sentait qu'il eut été juste d'accorder à l'assureur des dommages-intérêts. Et les tribunaux décidèrent de lui abandonner en compensation les primes perçues.

Mais, ils n'arrivèrent pas du premier coup à justifier leur décision.

D'abord, ils prétendirent que les risques avaient déjà été courus par l'assureur, « notamment la Compagnie aurait pu ne pas découvrir le risque dissimulé, et de ce chef existait un aléa... les primes correspondant à la période des risques n'ayant pas été payées sans cause, n'étaient pas soumises à la restitution » (1).

D'autre part, la Cour ajoutait que, la Compagnie avait pu considérer les primes perçues comme définitivement acquises, les avait peut-être distribuées sous forme de dividendes, ou les avait fait servir à des paiements, et que l'obliger à restituer, c'était fausser les bilans déjà établis.

Cette prétention des tribunaux, si elle se justifiait par des considérations pratiques, ne pouvait s'expliquer en Droit: Ce n'est qu'en apparence qu'il semble y avoir eu une cause au paiement des primes, puisque la nullité détruit *rétroactivement* le contrat.

Et, finalement, les tribunaux s'appuyèrent pour accorder ces dommages-intérêts sur le pouvoir souverain d'appréciation qui leur est confié par les art. 1149 et suivants du Code Civil.

(1) S. 1923-1-81.

(1) Cassation, 17 janvier 1860. D. 1860-1-13.

Devant ces tâtonnements de la jurisprudence, les Compagnies insérèrent dans leur police, une clause par laquelle les primes n'étaient pas restituées.

Certains auteurs admirent alors que cette clause modifiait la nature juridique de l'attribution des primes (1).

Lorsque les primes étaient accordées par les tribunaux, c'était à titre de dommages-intérêts puisque, le contrat était annulé rétroactivement.

Maintenant que l'attribution était prévue par la police, ils prétendirent, en s'appuyant sur un jugement du Tribunal de la Seine du 25 juillet 1885, que le contrat n'était plus annulé, mais résilié. C'est-à-dire qu'il était considéré comme valable jusqu'au jour où l'assureur s'était aperçu de la nullité. « L'attribution définitive à l'assureur des primes payées jusqu'au jour de l'annulation a pour effet de transformer en résiliation ou déchéance, la sanction de la nullité; elle n'a nullement le caractère d'une clause pénale; elle n'est pas l'évaluation à forfait des dommages-intérêts qui peuvent indemniser la Compagnie de la rupture du contrat... Le droit de retenir les primes n'est, suivant les expressions d'un jugement que l'équivalent des risques que la Compagnie avait commencé depuis la signature du contrat, jusqu'au jour où elle en a reconnu le vice ».

Et cette solution a pour résultat de réduire à néant l'argumentation de ceux qui prétendent qu'il est impos-

(1) *De l'opinion du risque dans le contrat d'assurance.* QUENTIN, page 181.

sible d'accorder des dommages-intérêts à l'assureur alors que celui-ci n'a pas subi de préjudice (1).

II. — *Le Droit terrestre*

Si, jadis, le législateur annulait la police lorsque l'assuré avait commis une réticence ou une fausse déclaration même de bonne foi, c'est qu'il se rendait compte des difficultés devant lesquelles se trouvaient les assureurs, et qu'il voulait que toujours ceux-ci puissent considérer comme exactes les déclarations.

De nos jours, le législateur a tenu compte des deux intérêts en présence, et s'il a maintenu cette obligation de déclarer, il ne sanctionne plus la réticence ou la fausse déclaration que dans l'hypothèse où l'assuré a été de mauvaise foi. Et par là même, on s'aperçoit que cette nullité ne peut plus être basée sur l'erreur que cette déclaration a fait naître chez l'assureur. La loi fait donc reposer la sanction sur une théorie nouvelle.

Quoiqu'il en soit, la loi nouvelle comporte deux articles différents, l'un visant la mauvaise foi de l'assuré, l'art. 21: « Le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre », et l'art. 22 réservé à l'assuré de bonne foi: « L'omission

(1) Bordeaux, 9 juin 1893; D. 1894-2-161. Note de PLANIOL « en lui fournissant l'occasion de faire annuler le contrat, l'assuré, bien loin de causer un préjudice à l'assureur, lui a rendu service ».

ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance ».

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que cette distinction entre bonne et mauvaise foi s'imposait. C'était, en effet, faire preuve de trop de rigueur qu'annuler le contrat d'un assuré qui, le plus souvent, n'avait à se reprocher qu'une légère négligence ou une erreur excusable.

Et le législateur affirme d'autant mieux cette différence, qu'il n'a pas voulu appliquer à l'assuré de bonne foi, les termes de réticence ou fausse déclaration qui ont un caractère péjoratif, et qu'il a employé les expressions d'omission et de déclaration inexacte. Ces deux dernières expressions montrent par elles-mêmes la bonne foi de l'assuré, et le législateur, s'il n'eut pas craint que ne s'élèvent des discussions, n'eut pas eu besoin de les faire suivre des mots « dont la mauvaise foi n'est pas établie ».

Il existe une obligation pour l'assuré, déclarer à l'assureur le risque le plus exactement possible. Si, de bonne foi, il néglige de lui signaler quelque fait, ou bien s'il fait une erreur involontaire, on lui appliquera l'article 22. Si dans l'intention de tromper son assureur, il ne lui fait qu'une déclaration imparfaite ou inexacte, il sera accusé de réticence ou de fausse déclaration et se verra appliquer la sanction de l'art. 21.

Ces deux articles 21 et 22 sont donc bien la sanction de cette même obligation de l'assuré: déclarer le risque le plus exactement possible à l'assureur.

Nous avons tenu à signaler ce point, car quelques rares auteurs estiment que l'art. 22 doit avoir un

domaine d'application plus large, qu'il devrait s'appliquer au cas où la réticence et la fausse déclaration intentionnelle auraient manqué leur but, c'est-à-dire n'auraient pas changé l'opinion du risque chez l'assureur.

Il nous faut donc envisager deux cas :

A) *Assuré de mauvaise foi* :

Comme l'art. 348, l'art. 21 donne lieu à une nullité relative qui obéit aux règles du droit commun.

Sauf toutefois quant à la durée de prescription de l'action. Nous savons qu'en Droit commun, l'action en nullité relative se prescrit par dix ans. Ici, l'art. 25 de la loi édicte une prescription spéciale de courte durée : « Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donnera naissance.

» Toutefois, ce délai ne court :

» 1° En cas de réticence, omission, déclaration fausse ou inexacte sur le risque couru, que du jour où l'assureur en a eu connaissance ».

Cette prescription spéciale est la seule caractéristique de l'action en nullité sanctionnant l'obligation de déclarer pour l'assuré. En dehors de cette particularité elle obéit aux règles générales du Droit commun, c'est-à-dire que seul l'assureur pourra la demander. Et il devra fournir trois preuves :

- a) Celle de la réticence ou de la fausse déclaration ;
- b) Son influence sur son opinion du risque ;
- c) Et enfin, la mauvaise foi de l'assuré. La mauvaise foi ne se présume pas et c'est toujours à celui qui veut s'en prévaloir de la prouver. En Droit maritime, la question ne se posait pas, puisque on retient la réticence même de la part d'un assuré de bonne foi.

L'art. 21 réserve un alinéa pour fixer le sort des primes lorsque le contrat est annulé, « les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts ».

Et ceci nous permet de trancher la question qui s'était posée en matière maritime: les clauses attribuant les primes à l'assureur, sont-elles ou non des clauses pénales?

Remarquons que l'on ne peut, à la fois, accepter que l'insertion de la clause attribuant les primes à l'assureur change l'annulation en une simple résiliation du contrat, et que, d'autre part, l'art. 21 de la loi nouvelle ne soit qu'une consécration de ces clauses, car l'art. 21 parle expressément de nullité.

Et si nous admettons avec toute la doctrine, que le législateur ne fait que consacrer légalement ces clauses conventionnelles, il faut leur reconnaître le caractère d'une véritable clause pénale. Ces clauses avaient pour but de simplifier la tâche du juge, qui avait cru devoir accorder des dommages-intérêts à l'assureur en vertu de son pouvoir d'appréciation.

Et de même la loi terrestre de 1930 décide « que le contrat étant nul, les primes devraient être restituées par l'assureur, sauf à celui-ci à demander des dommages-intérêts si on appliquait le Droit commun. L'art. 21 (8^e alinéa) décide qu'il est plus simple qu'à défaut de dommages-intérêts, l'assureur conserve les primes payées et a droit au paiement de celles qui sont échues » (1).

(1) CAPITANT: *Revue Générale des Assurances*, déjà cité.

B) *Assuré de bonne foi:*

L'art. 21 n'applique aucune sanction à cet assuré et il distingue entre deux situations.

a) L'assureur découvre l'omission ou la déclaration inexacte avant tout sinistre.

Celui-ci a le choix.

Ou bien proposer un nouveau taux de prime à l'assuré, et s'il accepte, le contrat continuera;

Ou bien, s'il le préfère, résilier le contrat.

Cependant, dans le cas où l'assureur résilie le contrat, ou dans le cas où l'assuré n'acceptant pas l'augmentation de prime refuse de le continuer, l'assureur, de par la volonté de la loi a le risque à sa charge pendant encore dix jours après qu'il aura averti l'assuré par lettre recommandée. Ces dix jours permettront à l'assuré de trouver un nouvel assureur; le législateur n'a pas voulu qu'il soit à découvert pendant le temps qu'il mettrait à se réassurer.

Les intérêts de l'assureur sont saufs, puisque le sinistre ne s'est pas produit, si on place les deux contractants dans la situation où ils se seraient trouvés si la déclaration avait été faite à temps. C'est ce que fait la loi ici. Donc, la question de dommages-intérêts ne se pose pas.

b) Un sinistre se produit et ce n'est qu'après que l'assureur découvre l'omission ou la déclaration inexacte.

L'assuré est de bonne foi, par conséquent digne d'intérêt, et il serait peu équitable d'annuler le contrat purement et simplement.

Mais, d'un autre côté, on ne peut obliger l'assureur à verser l'indemnité puisqu'il n'a pas touché une prime correspondant au risque véritable.

La loi a adopté une solution d'équité en adoptant les art. 9 et 13 de la police-type d'assurance, d'après l'article 22: « L'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés ».

Et il est évident que l'assureur pourra, ici aussi, résilier le contrat pour l'avenir comme il peut le faire quand il découvre l'omission ou la déclaration inexacte avant tout sinistre.

SECTION II. — DE LA NATURE JURIDIQUE DE CES SANCTIONS

Nous avons séparé dans la section précédente les solutions légales apportées au cas de réticence ou fausse déclaration en Droit maritime d'un côté, et en Droit terrestre de l'autre. Nous venons de montrer que si ces solutions ne coïncidaient pas, c'est que les fondements de l'obligation de déclarer n'étaient pas les mêmes. Et nous avons déjà annoncé que la nullité qui sanctionnait la violation de cette obligation ne saurait avoir la même nature juridique en Droit terrestre qu'en Droit maritime. Nous allons donc diviser, ici aussi, cette section en deux paragraphes.

I. — *De la nature juridique de la nullité prévue par l'art. 348 du Code de Commerce*

Jurisprudence et doctrine, avons-nous dit, accordaient la nullité de l'art. 348 même quand c'est de bonne foi que l'assuré avait omis de déclarer une circonstance, ou avait fait à l'assureur une fausse déclaration.

Et puisque la bonne foi de l'assuré ne le met pas à l'abri, il est inutile de rechercher le fondement de la nullité accordée à l'assureur dans le dol. Si, en effet, la jurisprudence avait considéré que cette nullité sanctionnait un dol de l'assuré, elle ne l'aurait prononcée qu'autant qu'elle aurait découvert chez celui-ci une intention frauduleuse. Sa volonté, nettement établie, de sanctionner la réticence même de bonne foi, interdit cette solution.

Certains auteurs ont dit: « Il ne suffit pas, pour la validité du contrat d'assurance, que la déclaration de l'assuré soit exacte quant à la consistance matérielle de l'objet assuré et à la valeur qu'il représente; il faut encore que les circonstances qui peuvent faire apprécier à l'assureur toute l'étendue du péril dont il se charge soient énumérées avec soin » (1).

M. Corvetto, qu'Alauzet cite en confirmation de sa thèse, disait dans l'exposé des motifs: « L'assureur a le droit de connaître toute l'étendue du risque dont on lui propose de se charger: lui dissimuler quelque circonstance qui pourrait changer le sujet de ce risque ou en diminuer l'opinion, ce serait lui faire supporter des chances dont il ne voulait peut-être pas se charger, ou dont il ne se chargerait qu'à des conditions différentes, ce serait, en un mot, le tromper...

» Dès lors, le consentement réciproque qui seul peut animer le contrat, viendrait à manquer. Le consentement de l'assuré se porterait sur un objet, celui de l'assureur

(1) ALAUZET: *Commentaire du Code de Commerce et de Législation*, page 165.

sur un autre; les deux volontés marchant dans un sens divergent ne se rencontreraient pas, et il n'y a cependant que la réunion de ces deux volontés qui puissent constituer le contrat » (1).

Alors que le but de la loi, n'avons-nous cessé de répéter, était d'accorder une protection tout à fait exceptionnelle à l'assureur, l'art. 348 devait donc, au contraire, être entendu dans un sens plus large, il devait permettre d'aller au-delà de l'art. 1110 du Code Civil qui ne suffisait pas en la matière. C'est pourquoi nous ne suivrons pas ici M. Corvetto. D'après le passage que nous venons de citer de son exposé des motifs, il semblerait que l'art. 348 ne viserait que le cas où les volontés des deux contractants ne se sont pas portées sur le même objet. L'art. 348 ainsi compris irait à l'opposé du but recherché par la loi, il serait, en effet, encore plus strict que l'art. 1110 du Code Civil puisqu'il exigerait une erreur sur l'objet. Il ne ferait que rappeler ce principe de la théorie des contrats: il ne peut y avoir de contrat sans consentement, il n'y aurait pas de consentement ici puisque chacune des parties envisagerait un objet différent. Alors que l'art. 1110 du Code Civil autorise la nullité, quand un des contractants n'a fait erreur que sur une qualité substantielle.

Jurisprudence et doctrine ne l'ont pas, d'ailleurs, entendu dans ce sens-là.

L'art. 348 dit: « Toute réticence ou fausse déclaration de la part de l'assuré qui *diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet...* », c'est qu'il s'atta-

(1) Cité par ALAUZET.

che donc aux effets de la réticence : la réticence a-t-elle changé l'opinion du risque, chez l'assureur ; peu importe que l'assuré montre non seulement sa bonne foi, mais encore son extrême diligence, malgré les scrupules qu'il a mis à renseigner son co-contractant, le contrat sera annulé.

Et nous retrouvons bien ici les motifs qui ont dicté la règle : on veut que l'assureur puisse considérer comme exactes les déclarations de l'assuré. On sacrifie alors l'assuré de bonne foi à l'intérêt de maintenir les assurances dont le commerce est si dangereux pour celui qui l'exerce et si utile à la société.

Le sort de l'assurance est donc lié à l'opinion que l'assureur s'est faite du risque que l'assuré lui a proposé. Et par cela même, la nullité de l'art. 348 aura un champ d'application beaucoup plus large que la nullité de l'art. 1110 du Code Civil.

L'erreur portant sur un élément même secondaire du risque, sera ici cause de nullité. Le Tribunal de Commerce de la Seine a décidé, par exemple, que si l'assuré a déclaré que son navire venait d'être doublé en cuivre neuf, alors que l'on n'avait employé que du vieux cuivre ; le revêtement n'est qu'une des qualités accessoires d'un bâtiment, et cependant l'erreur qui affecte cette qualité est, par elle-même, une cause suffisante de nullité (1).

C'est là le fondement de la nullité pour réticence ou fause déclaration en Droit maritime, et ce fut celui des assurances terrestres jusqu'en 1930. Mais, si ce man-

(1) QUENTIN : *De l'opinion du risque...*, déjà cité, p. 127.

quement à l'équité, ne reconnaître aucun droit à l'assuré de bonne foi, s'expliquait à l'origine des assurances, une telle solution apparaît trop rigoureuse de nos jours où elles disposent de moyens et de possibilités nouvelles. La loi du 13 juillet 1930 a satisfait à la fois doctrine et jurisprudence.

Déjà, sous l'empire de l'art. 348 du Code de Commerce, la jurisprudence n'avait pas tiré toutes les conséquences de la nature juridique qu'elle reconnaissait à cette nullité.

Lorsque l'assuré n'avait pas déclaré un fait parce qu'il ne le connaissait pas, l'assureur ne pouvait pas demander la nullité. Peu nous importe que la sanction soit refusée, non pas parce que l'assuré était de bonne foi, mais parce que la réticence n'est pas juridiquement constituée, il n'en reste pas moins que dans cette hypothèse, l'opinion de l'assureur avait été modifiée, et malgré ce, le contrat était valable.

L'opinion que l'assureur s'était faite du risque, n'était plus le seul critère retenu par la jurisprudence; elle acceptait dans certains cas de rechercher l'origine de l'erreur, et non pas de l'enregistrer simplement, elle exonérerait l'assuré, alors que par une application logique de la théorie admise, elle eut dû le condamner. Elle se rend déjà compte que des deux intérêts en présence, celui de l'assuré mérite dans certains cas d'être respecté.

Certains auteurs, dans le souci de protéger l'assuré plus efficacement encore, essayèrent de voir dans l'article 348, une nullité pour dol. M. Labbé dit en particulier: « L'expression fausse déclaration doit servir d'interprétation au mot réticence. Si le législateur avait

voulu entendre par le mot réticence une omission de bonne foi, il aurait observé l'ordre logique des idées en écrivant « toute fausse déclaration, même toute réticence ». Il ne l'a pas fait, il a mis sur le même rang deux conduites d'une gravité morale semblable, le silence gardé intentionnellement et une parole sciemment émise pour tromper l'assureur sur l'étendue du risque » (1).

Il ne faudrait donc retenir que la réticence dolosive.

Nous avons déjà dit ce que nous pensions de cette théorie, aussi, nous n'en retiendrons que l'esprit qui l'a inspirée : l'assuré est traité trop durement, sa bonne foi devrait le libérer.

II. — *De la nature juridique de la nullité prévue par l'art. 21 de la loi du 13 juillet 1930*

L'art. 21 est ainsi conçu : « ...le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou fausse déclaration *intentionnelle* de la part de l'assuré... ».

Désormais, seule l'intention frauduleuse sera retenue pour annuler le contrat.

Il semble donc que les assurances terrestres peuvent être régies par le Droit commun en matière de dol. Et, en effet, les travaux préparatoires présentent l'art. 21 comme une application pure et simple des principes généraux du dol.

Cependant, malgré cette nouvelle attitude du législateur, le contrat d'assurance reste encore un contrat spécial en ce sens que l'obligation de déclarer exacte-

(1) Note au Sirey, 1883-2-25.

ment le risque, subsiste pour l'assuré. Donc, la moindre réticence volontaire sera constitutive de dol, alors qu'en Droit commun, l'art. 1116 exige « des manœuvres pratiquées ».

Certains auteurs tirant argument de cette particularité, prétendent que la nullité pour réticence ou fausse déclaration est une règle propre à l'assurance.

En dehors du champ plus étendu de la nullité, ils s'appuient, en outre, sur le fait que pour obtenir la nullité du contrat, point n'est besoin pour l'assureur de prouver que sans ces réticences ou fausses déclarations, il n'aurait pas contracté. Alors qu'en Droit commun, il faut prouver que ce sont les manœuvres constitutives du dol qui ont amené la victime à contracter.

De plus, ils prétendent que l'abandon des primes à l'assureur a un caractère pénal. Cet assureur, disent-ils, n'a subi aucun préjudice du fait de la réticence ou de la fausse déclaration. Si on l'autorise à conserver les primes, ce n'est pas à titre de réparation civile, qui a pour but justement de réparer un préjudice, c'est en réalité pour punir l'assuré.

Donc, ce qui est à la base de la nullité, ce n'est pas le vice du consentement engendré par la réticence ou la fausse déclaration, c'est la faute commise par l'assuré.

Non, la nullité de l'art. 21 est bien la sanction d'un vice du consentement: le dol de l'assuré.

1° Il ne faut pas oublier que le législateur a présenté l'art. 21, non pas comme une application pure et simple du dol, mais *des principes généraux* du dol. Dans le dol il y a deux principes fondamentaux que nous retrouvons ici : c'est l'intention frauduleuse qui doit servir de pierre

de touche, ce doit être le dol qui a provoqué la conclusion du contrat.

2° On ne manquera pas d'opposer que précisément l'assureur n'a pas à faire la preuve que sans cette réticence ou fausse déclaration, il n'eût pas contracté.

Mais, nous avons suffisamment insisté sur la nécessité pour l'assureur de se rapprocher de la vérité le plus possible s'il voulait que son commerce soit viable, pour supposer maintenant que, s'il avait eu connaissance de cette réticence ou fausse déclaration, il n'eût contracté dans les mêmes conditions. L'assureur, en effet, doit respecter les calculs sur lesquels est établi le taux de prime; s'il acceptait de s'en écarter, ce serait courir à la faillite.

Il est à peu près certain qu'il n'aurait pas proposé le même taux de prime pour le risque tel qu'il lui apparaît réellement lorsqu'il découvre la fausse déclaration ou la réticence. Certains auteurs ont proposé de reconnaître qu'il y a eu modification du risque chez l'assureur, si sans cette réticence il eut proposé un taux de prime supérieur. « L'opinion du risque se traduit par le chiffre de la prime. A toute modification du premier doit correspondre une variation équivalente du second... toute fausse déclaration qui n'a pas pour conséquence une diminution des primes ne peut pas être considérée comme modifiant véritablement l'opinion du risque » (1).

Et il est évident, obligatoire même que l'assureur ne

(1) Charles WEENS: *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité*, thèse, p. 205.

contracte pas lorsqu'il a connaissance de la réticence ou de la fausse déclaration.

Pourquoi la loi lui aurait-elle fait une obligation de le prouver alors qu'il est de l'essence même de l'assurance de ne pas contracter dans cette hypothèse?

3° D'ailleurs, reconnaître qu'une réticence peut être constitutive de dol, est-ce tellement élargir la notion de dol?

Le Droit commun, sans doute, en parlant de « manœuvres pratiquées » semble exiger une intervention active de la part du contractant. Mais, le silence ayant sa source dans la volonté, ne peut-il être quelquefois assimilé à l'action? (1). Ne peut-il être une manifestation de volonté qui procède d'une intention de tromper aussi affirmée que si elle s'était manifestée par des manœuvres extérieures, et ne peut-il aboutir à des résultats aussi déplorables?

Si l'une des parties s'aperçoit qu'elle peut tromper son co-contractant en gardant le silence sur un certain point, ne sera-ce point provoquer cette malhonnêteté que de la laisser sans sanction? Et il semble bien, en toute justice, que la tromperie, le dol, qui n'exige pour se manifester que le silence de la part de l'individu, doive être au moins, sinon plus sanctionné que celui qui ne pourra se réaliser que par des manœuvres frauduleuses extérieures, et partant, offrira plus de prise à la répression.

Et le législateur, précisément, donnait aux mots « manœuvres pratiquées », un sens très large.

(1) MARCO-COHIN: *L'abstention fautive*, thèse, p. 84.

Le projet de l'art. 1109 était primitivement ainsi conçu : « Il n'y a pas de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence, dol ou artifice ». On fit remarquer que le mot artifice est inutile, parce que dol est générique et comprend toute espèce de ruse et d'artifice.

De plus, Bigot Prémeneux, prononça un discours à propos de l'art. 1116, ce discours commence par une définition donnée par un auteur, définition qui comprend dans le dol, tous les moyens de tromper, y compris les réticences (1).

Il est assez net que les auteurs du Code ne rejetaient pas les réticences hors de l'art. 1116. Pour eux, dès qu'il y avait toute espèce de ruse et d'artifice, fut-ce une simple réticence, c'est-à-dire, dès qu'il y avait de la part de son auteur, l'intention de tromper, le contrat pouvait tomber sous le coup de l'art. 1116. Ils entendaient le mot dol dans un sens très large, ils s'attachaient en lui, surtout à l'intention frauduleuse, cette intention frauduleuse pouvant aussi bien se manifester par une réticence que par des manœuvres. Et les mots « manœuvres pratiquées » signifiait alors, tous les moyens employés pour arriver à ce but : tromper son co-contractant. La réticence, lorsqu'elle aboutissait à ce résultat, constituait une manœuvre et par là même, un dol.

La jurisprudence, d'ailleurs, s'est inspirée des rédacteurs du Code et a rendu de nombreux arrêts qui admettent comme dol une réticence, lorsque sous la réticence

(1) *De la réticence dans les contrats*, NIFON IVANUS, p. 11.

apparaît nettement l'intention de tromper. Voici quelques considérants où elle affirme nettement sa position :

« ...Considérant qu'au lieu de signaler cet état de choses à Dubois, son acheteur, il l'a dissimulé avec soin ; — Considérant qu'en pareil cas la dissimulation constitue à elle seule, un dol positif et direct qui vicie le contrat et doit en entraîner la nullité » (1).

« ...Considérant que ce contrat est attaqué aujourd'hui par Paillard frères, comme ayant été consenti par suite d'erreur et de dol... le dol de la part du mandataire se trouvant dans son silence sur ces mêmes droits, qui cependant étaient à sa connaissance » (2).

Citons encore l'exemple donné par Saleilles et devenu classique :

« A vend à B, à un prix fort élevé un billet de théâtre pour une place qu'il sait être mauvaise. B croit le contraire, mais sans avoir provoqué sur ce point une explication de la part de A. Celui-ci, pour ne pas l'avoir averti, n'a pas commis un dol, puisque rien ne prouve que l'erreur de B a été entretenue par le silence de A. Mais, que l'on suppose qu'au cours des pourparlers, B aurait fait connaître à A qu'il tenait à avoir une très bonne place à cause de sa mauvaise vue et que celui-ci aurait esquivé la réponse : ce silence de la part de A a déterminé B à acheter le billet » (3).

La réticence, dans ce cas, réunit tous les éléments exigés par l'art. 1116 pour constituer un dol : intention

(1) Dalloz 1874-1-193.

(2) Sirey 1863-1-249 ; voir encore : Dalloz, 1862-2-216 ; Cass. 5 décembre 1838 ; S. 1838-1-931 ; Cass. requête 7 août 1837 ; D. 1837-1-458.

(3) *De la déclaration de volonté*, SALEILLES, n° 6, art. 123.

dolosive, matérialité du dol dans le fait d'esquiver la réponse; et nul, doute si le cas se présentait, que la jurisprudence ne lui applique l'art. 1116.

Autrement dit, la réticence, chaque fois qu'elle remplira les conditions générales du dol, sera cause de nullité.

Mais l'administration de la preuve, sera, dans la plupart des cas, tellement délicate, que les arrêts de jurisprudence qui accordent la nullité en se basant sur une réticence, sont, malgré tout, assez peu nombreux.

Cela ne provient pas d'une attitude *a priori* du juge qui refuserait d'assimiler la réticence au dol, les quelques arrêts que nous avons cités, suffisent à montrer l'opinion de la jurisprudence à ce sujet, mais le plus souvent d'une impossibilité à reconnaître les faits allégués par la victime, faits qui, en cas de dol actif, seront au contraire assez faciles à démontrer.

L'art. 21 de la loi du 13 juillet 1930 ne se présente pas comme une extension excessive du dol, il entre dans le cadre des principes généraux. Dans ces conditions, pourquoi s'obstiner à lui trouver un fondement pénal?

4° Nous n'irons pas cependant jusqu'à lui nier tout caractère pénal.

Mais n'oublions pas, non plus, que l'art. 1116 reconnaît à l'erreur provoquée un champ d'application plus large qu'à l'erreur pure et simple de l'art. 1110. Cette différence de traitement d'un vice du consentement, qui est le même chez la victime que l'erreur soit ou non provoquée, ne peut s'expliquer logiquement. Si on veut la comprendre, il faut reconnaître à l'art. 1116 un certain caractère pénal.

Et c'est ce caractère que découvrent ces auteurs, et dont ils se prévalent pour en faire l'essentiel en matière d'assurance. Nous voulons bien le reconnaître à la sanction des réticences ou des fausses déclarations, mais dans la mesure où il existe déjà, dans la *sanctio* du dol en général, et pas plus.

Si nous comparons maintenant la sanction de la réticence ou de la fausse déclaration à la sanction du dol du Droit commun, un parallélisme complet n'apparaît-il pas ?

Que faut-il prouver pour que le dol entraîne la nullité ?

D'abord l'intention frauduleuse chez son auteur. Ici, la nullité ne sera prononcée que si l'assuré est de mauvaise foi.

Ensuite que la victime n'aurait pas contracté s'il n'y avait pas eu dol. Nous avons vu pourquoi cette preuve était inutile.

Enfin, il faut que le dol émane d'une partie au contrat. C'est exactement le cas.

Nous nous trouvons alors en présence d'une sanction qui présente les mêmes caractères, qui exige les mêmes conditions d'application, le législateur, de plus, l'a présentée dans ses travaux préparatoires comme étant la sanction d'un dol, il ne nous semble pas possible de lui donner une autre nature.

CHAPITRE III

DE L'AGGRAVATION DES RISQUES

Le contrat d'assurance est un contrat de la meilleure bonne foi et l'assuré doit exactement déclarer le risque à son assureur. Mais, l'assuré est-il tenu de le renseigner même sur les circonstances ou les événements postérieurs au contrat qui peuvent l'aggraver? Cette obligation qui pèse sur l'assuré finit-elle le jour du contrat, ou au contraire le caractère de bonne foi autorisera-t-il dans cette hypothèse l'assureur à demander la nullité pour réticence ou fausses déclarations?

Le Code de Commerce n'avait pas prévu le cas. Aussi, la jurisprudence dut-elle élaborer une théorie pour apporter une solution, et c'est cette solution que sanctionna la loi de 1930 sur les assurances terrestres.

SECTION I. — DE L'EXTENSION DE L'ART. 348

A LA NON DÉCLARATION DES AGGRAVATIONS

PAR LA JURISPRUDENCE

Définissons auparavant ce qu'il faut entendre par aggravation du risque.

Il est bien évident que si un de ses éléments était tellement changé que le risque lui-même serait modifié, de

telle sorte que si cette modification s'était produite avant le contrat, l'assureur aurait pu demander la nullité pour erreur sur l'objet, il pourra la demander ici aussi. Par exemple, si un bateau qui devait servir à la navigation fluviale est désormais affecté à la navigation maritime, le risque n'est pas aggravé, il est changé en un risque nouveau.

Sera donc une aggravation une modification secondaire du risque qui n'en touchera pas l'objet.

L'obligation de sincérité pèsera-t-elle encore sur l'assuré?

La Jurisprudence et la Doctrine sont en désaccord sur la solution à donner.

La Doctrine considère l'art. 348 comme un texte exceptionnel, et demande qu'il soit strictement appliqué au cas qu'il vise : les seules réticences antérieures au contrat.

Mais la Jurisprudence, tenant compte des nécessités pratiques, adopte la solution opposée, elle oblige l'assuré à déclarer : « Puisque le contrat d'assurance est un contrat continu dont les conditions ne peuvent être modifiées par l'une des parties à l'insu et au préjudice de l'autre, pendant la période des risques auquel elle a entendu seulement la soumettre » (1).

La Jurisprudence essaye de justifier cette solution. Le législateur, dit-elle, montre bien qu'il a l'intention de s'attacher à l'opinion de l'assureur.

Or, le contrat d'assurance est un contrat continu, et cette opinion peut se modifier « jusqu'à la consumma-

(1) D. 1871-1-244; voir D. 1852-1-278; D. 1846-2-157.

tion des effets de l'assurance ». Et elle prétend ne pas être en opposition avec l'esprit du législateur.

L'opinion des auteurs semble, cependant, plus logique.

Le contrat d'assurance est continu, en ce sens, que l'obligation de l'assureur subsiste jusqu'au terme de l'assurance. Mais, est-ce que dans un contrat continu, les conditions de validité demeurent permanentes et subsistent même après l'échange des consentements? Non.

De plus, les auteurs de l'art. 348, dans les quelques passages que nous avons cités, ne se placent que dans l'hypothèse de réticences antérieures à la conclusion du contrat. Ils parlent « du risque dont l'assureur veut *se charger* », « du *consentement réciproque* qui viendrait à manquer » et « du contrat qui ne pourrait *se constituer* ».

Des nécessités pratiques impérieuses pouvaient seules avoir fait adopter par la Jurisprudence une solution si contestable quant à son fondement juridique. Cette nécessité, c'était: aider au développement des assurances.

La doctrine l'a si bien compris qu'elle a admis une distinction. Si l'aggravation est causée par un fait extérieur à l'assuré, aucune obligation n'incombe à celui-ci. L'art. 348 est un texte exceptionnel, et son application doit être réservée aux réticences antérieures. L'assureur ne devrait donc avoir aucun recours contre son assuré.

Au contraire, l'aggravation provient-elle du fait de l'assuré, l'assureur pourra alors l'attaquer. Mais ce ne sera pas pour réticence ou fausse déclaration. Autoriser

l'assuré à aggraver le risque dont s'est chargé l'assureur, ce serait admettre en l'espèce qu'un des contractants peut de sa propre volonté, modifier les clauses d'un contrat, sans obtenir l'autorisation de son co-contractant. Ce serait admettre la violation d'un principe qui doit être d'autant plus strictement respecté en cette matière, qu'on a toujours reconnu au contrat d'assurance, le caractère de contrat de la meilleure bonne foi.

La jurisprudence n'a jamais admis cette distinction : elle annule le contrat pour réticence ou fausse déclaration même lorsque l'aggravation provient d'un fait extérieur à l'assuré.

Et, d'autre part, les assureurs ne manquèrent pas de fixer ces solutions jurisprudentielles qui leur étaient si favorables, dans leurs polices. Ils insérèrent une clause dans laquelle les assurés devaient leur signaler ces aggravations postérieures.

Des sanctions

On considère qu'en signalant dans une clause spéciale les aggravations de risque, dont la non déclaration sera cause de nullité du contrat, les deux parties ont voulu appliquer purement et simplement à cette hypothèse, l'art. 348 du Code de Commerce, et on doit en tirer toutes les conséquences.

Non seulement la sanction sera la nullité, mais encore cette nullité pourra être demandée même si l'aggravation a été sans influence sur la réalisation du sinistre.

Et de même qu'il importe peu que la circonstance non déclarée au moment du contrat vienne à disparaître par la suite, il suffira que l'aggravation ait existé pendant un laps de temps pour que l'assureur puisse s'en prévaloir, eût-elle disparu par la suite.

Le tribunal appréciera souverainement si les circonstances non déclarées constituent ou non une aggravation.

Le délai pendant lequel la déclaration sera valable est porté dans la police, et est en général de un mois. Cependant, pour une aggravation du fait de l'assuré, la déclaration devra être antérieure.

SECTION II. — DE L'AGGRAVATION D'APRÈS LA LOI DU 13 JUILLET 1930

I. — *Solutions légales*

L'art. 15 (3°) déclare: « L'assuré est obligé...; 3° de déclarer à l'assureur, conformément à l'art. 17, les circonstances spéciales spécifiées dans la police qui ont pour conséquence d'aggraver le risque... »

La loi terrestre est moins favorable à l'assureur: alors qu'en Droit maritime, seul domaine désormais de l'art. 348, la Cour de Cassation admet que des circonstances, non portées dans la police, peuvent être retenues par les juges du fait comme des aggravations, en matière d'assurances terrestres, ne seront désormais des aggravations, que les *circonstances spécifiées dans la police*.

Le système adopté ici par la loi de 1930 est celui du questionnaire: l'assureur soumet à son client une liste de cas qu'il devra signaler, l'obligation de l'assuré tombera pour tout fait, hors de cette liste.

Mais, apparaît alors le reproche que l'on fait d'une manière générale au système du questionnaire: l'assureur ne signalera-t-il pas des faits en des termes si généraux, si vagues, que l'assuré ne saura pas à quoi s'en tenir? Ne faut-il pas alors définir exactement, pour éviter ce danger, ce que c'est qu'une aggravation?

Nous ferons remarquer qu'il ne faut pas confondre *augmentation* et *aggravation* des risques. La Chambre Civile, dans un arrêt du 19 octobre 1927 (1) distingue les deux hypothèses.

Il s'agissait de l'espèce suivante: un industriel s'était assuré, et sa police portait une clause rédigée en termes assez ambigus, qui l'obligeait à déclarer les aggravations de risques et ajoutait « la proposition d'augmentation produira ses effets du moment où elle aura été transmise à la Société ».

Le 3 juin 1921, il juge, à la suite de transformations à son usine, que les risques ont une importance plus grande, et il propose de porter l'assurance de 31.000 à 45.000 francs.

La Compagnie répond, mais le sinistre se produit avant la signature de l'avenant.

La Cour a confirmé l'arrêt de Grenoble qui décidait que la réponse de la Compagnie n'autorisait pas celle-ci à demander la nullité du contrat pour aggravation des risques.

Mais, d'autre part, le contrat ne devait jouer que dans la limite de 31.000 francs, pour le surplus, il s'agit d'un nouveau risque non encore couvert.

(1) S. 1928-1-83.

Done, s'il y a augmentation de risque, c'est-à-dire si la chose assurée augmente de valeur, on considère que cette différence entre la nouvelle et l'ancienne valeur assurée, constitue l'objet d'un risque nouveau qui doit être couvert par une assurance différente. En tout cas, l'ancien contrat, portant sur le risque primitif, n'est en rien modifié.

Dans le cas que nous venons d'exposer, si les seules chances de réalisation avaient augmenté, quoique portant toujours sur la même valeur, le risque n'en eut pas moins été complètement transformé. Et cette transformation devait obligatoirement aboutir à de nouvelles conditions de prise en charge.

En cas d'augmentation du risque, il est possible de rendre un jugement d'équité en disant à l'assuré: « Vous auriez du prendre une assurance nouvelle pour le surplus de valeur », et à l'assureur: « Nous conservons le contrat originaire comme une assurance partielle ». Jugement que l'on ne peut étendre au cas d'aggravation puisque le risque est modifié dans son ensemble.

II. — *Des sanctions*

Les art. 21 et 22 s'appliquent-ils à la non déclaration des aggravations postérieures?

Avant la loi de 1930, la Jurisprudence appliquait à cette non déclaration la sanction de l'art. 348. Mais les auteurs, ne l'admettaient pas sans réserves. Pour la Doctrine, seule l'aggravation du risque par le fait de l'assuré devait être déclarée obligatoirement et par conséquent sanctionnée en cas d'oubli; sinon, en raison de la continuité du contrat d'assurance, c'eût

été autoriser une des parties à modifier, de sa propre autorité, les obligations qu'elle avait exigé de l'autre, lors de la conclusion. Mais la déclaration ne s'imposait plus lorsque l'aggravation résultait d'un fait extérieur à l'assuré.

L'art. 17 de la loi nouvelle, que l'aggravation soit ou non le fait de l'assuré, l'oblige à déclarer.

Si c'est de son fait que le risque est aggravé, il doit prévenir la Compagnie par lettre recommandée, avant même l'aggravation.

Si l'aggravation est le fait d'un tiers, l'assuré a un délai de huit jours pour avertir son assureur, le délai commençant à courir du moment où il a eu connaissance de l'aggravation.

Et l'art. 17 dit alors : « Dans l'un et l'autre cas, l'assureur a la faculté, soit de résilier le contrat, soit de proposer un nouveau taux de prime. Si l'assuré n'accepte pas ce nouveau taux, la police est résiliée, et l'assureur, dans le cas de l'alinéa ci-dessus (aggravation du fait de l'assuré) conserve le droit de demander une indemnité devant les tribunaux ».

Donc, en cas d'aggravation du fait de l'assuré, l'assureur a droit à des dommages-intérêts. Mais, dans les autres cas où le contrat sera résilié, dans quelle mesure a-t-il droit aux primes ?

La loi ne le dit pas, mais on doit admettre par un argument tiré de l'art. 22 qu'il n'a droit qu'aux primes échues et à la portion de prime de l'année courante, jusqu'au jour de la résiliation.

Comparons, en effet, l'art. 22 à l'art. 17 qui prévoit la sanction de cette non déclaration d'une aggravation.

1° L'art. 22 ne prévoit jamais d'indemnité pour l'assureur, alors que l'art. 17 en prévoit une lorsque l'assuré

a aggravé le risque par son fait et qu'il refuse d'accepter une augmentation de prime;

2° L'art. 22 oblige l'assureur à garder le risque à sa charge pendant dix jours après notification à l'assuré. L'art. 17 ne prévoit pas de délai;

3° L'art. 22 impose la restitution d'une partie des primes par l'assureur. L'art. 17 est muet.

Si l'on n'admet pas que ces deux articles ont des réactions mutuelles, ces solutions sont paradoxales.

L'art. 22 s'applique à des assurés de bonne foi, mais auxquels on peut toutefois reprocher une négligence, alors que l'art. 17, en dehors du cas où l'aggravation provient de son cas, vise un assuré à la conduite inattaquable.

Des deux, le premier serait le mieux traité.

Et alors, rien ne s'oppose à ce que l'on admette dans un besoin de logique, l'art. 22 à venir compléter l'art. 17.

La loi ne dit pas non plus quelle sera la sanction au cas où l'assuré n'aura pas déclaré l'aggravation, cependant il faut encore appliquer par analogie l'art. 22 (1).

Et l'on comprend, en effet, le raisonnement par analogie si l'on considère que la déclaration de l'aggravation, et la déclaration exacte du risque au moment du contrat, ne sont que deux conséquences d'une même obligation mise à la charge de l'assuré: renseigner exactement son co-contractant; et si de plus, on se souvient qu'en Droit maritime, on ne considère cette nullité pour réticence postérieure au contrat, que comme une extension pure et simple de la nullité visée par l'art. 348.

(1) *Revue Générale des Assurances*, 1930. « La loi de 1930 sur le contrat d'assurance », CAPITANT, p. 762.

CHAPITRE IV

CONNAISSANCE PAR L'ASSUREUR DES FAITS NON DECLARES PAR L'ASSURE

Envisageons maintenant l'hypothèse où, malgré que toutes les circonstances entourant le risque, n'aient pas été déclarées, l'assureur en a eu connaissance et a su exactement à quoi s'en tenir sur le risque qu'il a assuré. Malgré que la réticence en la fausse déclaration de l'assureur, n'aient pas eu ce résultat, modifier l'opinion du risque chez l'assureur, celui-ci pourra-t-il tout de même, s'en prévaloir pour demander la nullité?

SECTION I. — DROIT MARITIME

L'assuré peut ne pas avoir déclaré certaines circonstances, soit lors de la conclusion du contrat, soit lors d'une aggravation du risque.

I. — *Connaissance par l'assureur du fait omis lors de la conclusion du contrat*

Juridiquement, la réponse ne fait aucun doute: l'assureur ne doit pas pouvoir demander la nullité.

D'une part, l'art. 348 exige que les réticences ou fausses déclarations aient modifié l'opinion du risque, ce qui n'est pas le cas ici.

Et, d'autre part, pourquoi l'assureur réclamerait-il puisqu'il a contracté en toute connaissance de cause? Puisqu'il connaissait exactement ces faits qui ont été omis et qu'il n'a pas réagi, n'avait-il pas l'intention de faire croire en cas de sinistre qu'ils lui étaient inconnus pour pouvoir demander la nullité du contrat? Et la sanction de ce peu de scrupules, sera justement de ne pas lui accorder la nullité.

Mais, l'assuré aura beaucoup de difficultés à apporter la preuve de ce qu'il avance.

En pratique, prouver que l'assureur connaissait les faits, ce sera prouver qu'un de ses agents les connaissait, puisque c'est l'un d'eux qui aura visité les lieux, et non pas l'assureur en personne. Il se posera donc, en plus, une question complémentaire: dans quelle mesure cette connaissance des faits par l'agent engage-t-elle la responsabilité de l'assurance? Question que nous avons précédemment tranchée: tout dépend de sa qualité.

De la preuve que l'assureur connaissait les faits

Il est très difficile, sinon impossible d'apporter la preuve d'un fait qui ne se manifeste pas extérieurement, d'un état psychologique. Aussi, la jurisprudence admet-elle qu'il suffit d'apporter la preuve, non pas que l'assureur connaissait le fait, mais qu'il ne pouvait pas l'ignorer (1).

Les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier s'il ne pouvait pas l'ignorer. Un inspecteur de la Compagnie a-t-il,

(1) Cassation, 27 mai 1887 Pandectes Français périod., 87-1-266.

par exemple, visité le navire, et l'objet de la dissimulation était-il tellement apparent qu'il était impossible de ne pas le voir, la Compagnie se verra refuser la nullité.

Cependant, la vérification des risques n'entraîne pas toujours l'impossibilités pour l'assureur de faire annuler le contrat. Les tribunaux décident qu'en matière d'assurance incendie, l'assuré encourt la nullité malgré que les représentants de la Compagnie aient procédé à l'inspection ordinaire (1).

La Cour de Cassation a décidé, le 18 mai 1852 (2), que « les faits du préposé d'une Compagnie d'assurance, lorsqu'ils sont relatifs à la rédaction de la police et aux stipulations qu'elle contient, engagent la Compagnie vis-à-vis de l'assuré. La Compagnie ne peut se prévaloir contre l'assuré d'une omission d'une déclaration rédigée et écrite par son préposé, alors qu'il est prouvé que le préposé avait une entière connaissance de toutes circonstances du contrat, alors que l'assuré suivait la foi du préposé et savait que ce préposé n'ignorait rien ».

Il s'agissait en l'espèce, d'un individu qui avait assuré, a « La Providence », des marchandises qu'il avait dans un magasin. Au-dessus du magasin était un dépôt de feuilles de maïs. Dépôt qu'il n'avait pas signalé à la Compagnie, parce que l'agent était le frère de son bailleur et en connaissait l'existence.

Cet arrêt de 1852 qui a affirmé l'attitude de la juris-

(1) Cassation, 5 janvier 1870, D. 1870-1-301; 18 juillet 1878, D. 1880-1-62.

(2) D. 1852-1-174.

prudence a été suivi de beaucoup d'autres (1). Mais il faut reconnaître que l'assuré se trouvait dans une situation particulièrement favorable.

D'abord il n'avait absolument rien à se reprocher.

Au contraire, c'était l'agent qui était au courant de tout, qui connaissait le fait, c'était lui qui avait rédigé la police, et « l'assuré suivait la foi du préposé » dit la Cour. Si l'on doit reprocher à quelqu'un d'avoir commis une faute, c'est bien à lui et non pas à l'assuré qui n'a collaboré en rien à l'omission.

Mais, comme, d'autre part, en raison de la grande habitude des agents de la Compagnie, la police sera presque toujours rédigée par un de ces agents et non pas par l'assuré lui-même, il ne fallait pas donner aux assurés le moyen de faire annuler le contrat par ce seul fait. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle décidé qu'il fallait non seulement que la police ait été rédigée par l'agent en personne, mais encore que l'assuré n'y ait en rien collaboré. La Chambre des requêtes dit « qu'en effet cette circonstance (connaissance du fait par l'assureur) a pu être considérée par le juge du fait comme indifférente en présence de la déclaration de l'assuré ».

Et, en effet, le fait par l'agent de prendre seul l'initiative de la police est non seulement une preuve qu'il connaissait toutes les circonstances du risque, mais encore qu'on n'a rien à reprocher à l'assuré.

Cette rédaction par l'agent seul est assez rare, et, d'autre part, certaines Compagnies ont inséré dans leur police, la clause : « La police est rédigée d'après les

(1) D. 1878-2-123; D. 1884-1-463; D. 1881-1-481; D. 1889-1-365.

déclarations de l'assuré qui doivent toutes, à peine d'être réputées non avenues, être consignées par écrit. L'assuré ne peut en aucun cas exciper de ce que la police sera l'œuvre de l'agent de la Compagnie.

Aucune allégation ne peut, après sinistre, être admise de la part de l'assuré, outre et contre les énonciations de la police (art. 1341 Code Civil). » (1).

La Jurisprudence a admis « que ces clauses sont claires et précises, qu'il résulte que la preuve de la déclaration exigée ne pouvait résulter que d'une mention insérée dans la police et que l'assuré avait renoncé à établir par tous autres moyens » (2).

II. — *Connaissance par l'assureur de l'aggravation*

Lorsque la réticence de l'assuré était antérieure au contrat, on pouvait reprocher à l'assureur qui connaissait le fait omis d'avoir contracté.

Maintenant, il est bien exact que l'assureur connaît les faits que l'assuré lui cache et qu'il devrait lui déclarer. Mais, on n'a rien à lui reprocher, si ce n'est de ne pas avoir demandé de surprime à l'assuré.

L'assureur, en effet, lorsqu'il a connaissance de l'aggravation, doit demander une surprime à l'assuré. Si ce dernier refuse de la payer, l'assureur pourra demander la nullité du contrat.

Si, au contraire, l'assureur accepte le paiement des primes à leur échéance sans en rien dire à l'assuré, il se lie désormais par un acte juridique: la perception

(1) D. 1895-1-87.

(2) D. 1908-1-249.

des primes. Il accepte donc que cette aggravation n'apporte aucun changement au contrat primitif. Il est exactement dans la même situation que si la réticence eut été antérieure au contrat ; il connaît les faits que l'assuré devrait lui déclarer, il a l'occasion à propos d'un acte juridique de s'en prévaloir, s'il ne le fait pas il ne pourra pas, plus tard, revenir sur ces faits pour demander la nullité.

SECTION II. — ASSURANCES TERRESTRES : LOI 1930

La loi de 1930 n'apporte pas de solution nouvelle aux assurances terrestres.

Elle n'est d'ailleurs pas très explicite en la matière, puisqu'elle ne comporte pas de texte particulier visant le cas qui nous intéresse. Seul, le dernier alinéa de l'article 17 s'y rapporte ; il est ainsi conçu : « Toutefois, l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques quand, après en avoir été informé de quelque manière que ce soit, il a manifesté son consentement au maintien de l'assurance, spécialement en continuant à percevoir les primes ou en payant après un sinistre une indemnité ».

La loi admet, comme précédemment la Jurisprudence, que l'assureur qui n'a pas réagi renonce à se prévaloir de cette aggravation.

Nous avons vu pour quels motifs, la Jurisprudence avait adopté cette solution : ce sont les mêmes considérations qui l'ont guidée pour trancher le cas où l'assu-

reur connaissait les faits omis antérieurement au contrat.

Les mêmes motifs permettent de trancher les deux cas. Le législateur adopte une des solutions avec les motifs qui l'ont dictée. Il doit aussi adopter en raison de ces mêmes motifs, la solution jurisprudentielle pour le deuxième cas : connaissance par l'assureur de l'aggravation.

D'ailleurs, comme nous l'avons montré, considérer le contrat comme non entaché de nullité, est une solution doublement équitable : en même temps qu'elle permet d'accorder une indemnité à l'assuré dont l'attente ne méritait pas d'être trompée, elle sanctionne du même coup l'attitude peu scrupuleuse de l'assureur.

CONCLUSION

Nous avons étudié le risque dans les différents aspects sous lesquels il nous apparaît.

Dans « Le déplacement du risque, but du contrat vis-à-vis de l'assuré », nous avons étudié le risque vu par l'assuré; « La répartition du risque fonction économique de l'entreprise d'assurance », est une étude du risque vu par l'assureur; et enfin, toute notre deuxième partie, consiste à ne voir le risque qu'en tant qu'objet du contrat. Et nous nous sommes toujours tenu à une étude *in abstracto*.

Maintenant, une question se présente à notre esprit: avons-nous suffisamment montré ce qu'il y avait sous cette notion de risque?

Nous savons, que le risque est un danger qui menace un individu, et dont il va se décharger sur une assurance. Mais, la notion de risque a-t-elle toujours englobé les mêmes dangers, est-ce une notion qui est restée immuable depuis l'origine des assurances à nos jours, a-t-elle toujours recouvert les mêmes faits?

Une étude trop strictement juridique n'a-t-elle pas rendu incolore, ce risque dont nous nous n'avons cessé de parler tout au long de notre étude?

Nous plaçant à un point de vue plus pratique, nous allons voir comment la notion de risque assurable s'est considérablement élargie, englobant de jour en jour, des éventualités plus nombreuses de sinistres.

L'homme a toujours eu besoin, dans la vie, de stabilité. Or, cette sécurité qui lui est si nécessaire, il ne la possède pas naturellement, l'inondation, l'incendie, la grêle, les épidémies de troupeaux, sont autant de fléaux naturels qui peuvent le ruiner du jour au lendemain. Aussi, toujours, l'homme a-t-il cherché à se libérer de cette tutelle, à s'affranchir de ce joug du hasard.

Nous avons déjà vu comment les Romains obtenaient le déplacement des risques courus pendant le transport d'une marchandise, en ajoutant une clause de garantie au contrat. C'était déjà, non pas de l'assurance telle que nous l'entendons de nos jours, du moins de l'assurance implicite.

Au moyen âge, avec l'augmentation notable des transports par mer, et l'interdiction par l'Eglise du prêt à intérêt, cette forme d'assurance accessoire à un contrat principal, connut un grand développement sous la forme du prêt à la grosse (1).

Le déplacement du risque n'était obtenu que par une clause accessoire au contrat, « mais la prime et le risque se détachant du contrat principal, devaient enfanter un contrat indépendant dont ils devaient constituer les deux éléments essentiels et corrélatifs : pour cela, il suffisait qu'un tiers vint s'interposer entre l'acheteur et le vendeur » (2).

(1) Prêt à la grosse qui existait, nous l'avons vu dans l'introduction, depuis l'antiquité.

(2) M. E. Bensa : *Histoire du contrat d'assurance au moyen âge*, traduit par M. Valéry, p. 9.

Et peu à peu, avec les progrès rapides du commerce, on vit apparaître de véritables contrats d'assurances isolés, et l'assurance fut désormais élevée au grade de fonction économique indépendante.

Cette transition s'effectua, d'après Bensa, dans le premier quart du ^{xiv}^e siècle, dans les ports latins, et il cite des courtiers spécialisés dès cette époque.

Les seuls risques, dégagés et pris en charge par les assureurs, étaient ceux courus par des marchandises en cours de transport, soit par terre, soit par mer. Mais le premier pas est fait, ce besoin de sécurité qui a eu des effets si heureux en cette matière, va inciter l'homme à la rechercher dans d'autres domaines.

Mais, cette extension des assurances a des risques plus nombreux, est conditionnée par les possibilités, les progrès même des assureurs. Et quoique le fractionnement des risques entre de nombreux garants (les divers assureurs contractaient à leur tour des assurances entre eux, ou même, avec leurs assurés, de façon que toute la place finissait par être une véritable association mutuelle) et le sens du commerce suppléant au calcul des probabilités, aient rendu viables les assurances déjà existantes, elles ne devaient pas englober de risque nouveau en dehors de celui qui avait provoqué leur naissance.

Deux événements vont en provoquer l'extension.

Les hommes se sont, d'instinct, aperçus qu'en associant et en divisant leurs infortunes, ils en diminuaient le poids pour les victimes. Mais les assurances ne connaîtront un essor nouveau, que lorsqu'elles sortiront de ce que M. Ancey appelle la période du groupement empirique, pour entrer dans celle du groupement scientifi-

que « où la prime sera en rapport exact avec le risque que l'assuré fera courir au groupement » (1).

Déjà, au xvii^e siècle, apparurent des Compagnies d'assurance se basant sur la mutualité. En 1669, en Angleterre, pour la première fois, fonctionnent des Sociétés locales contre l'incendie. En France, un premier essai eut lieu en 1753, et en 1786 les frères Peiriers, directeurs des eaux de Paris, obtinrent l'autorisation d'assurer contre l'incendie.

Mais, ce n'est que plus tard, à propos des statistiques établies pour l'assurance vie, qu'on se préoccupa de l'étude scientifique des probabilités en matière d'assurances. Et cette étude n'est pas terminée de nos jours, jamais même, peut-on dire, elle ne le sera ; chaque fois que les assureurs étendront le champ de leur activité, chaque fois qu'ils prendront en charge un risque nouveau, ils dresseront des statistiques et se livreront à des calculs.

Mais l'assurance, à ce moment-là, ne s'applique qu'à deux risques : transport et incendie. Si elle a maintenant de solides bases techniques et juridiques, il lui manque encore de connaître une force qui va la porter à son apogée, et lui ouvrir des horizons illimités, nous voulons parler de cette grande force du monde moderne : le groupement des capitaux.

Nous ne suivrons pas l'extraordinaire développement des assurances causé par la formation de puissantes Compagnies qui s'en occupèrent. Nous marquerons seu-

(1) ANCEY : *Théorie des opérations d'assurance*, p. 3.

lement combien elle diffère de l'assurance primitive dont nous avons parlé jusqu'à présent.

La complexité actuelle de la vie sociale, l'interdépendance entre les hommes toujours croissante et leur responsabilité toujours accrue, leur enlèverait toute liberté d'action, et finirait par paralyser toute vie économique, s'ils ne pouvaient s'abriter derrière l'assurance.

D'autre part, l'assurance, par les procédés perfectionnés de l'épargne, les ressources plus grandes du crédit, la puissance du groupement anonyme du capital et le perfectionnement des procédés scientifiques, dispose d'une puissance énorme, et elle ne demande qu'à l'utiliser en étendant son champ d'activité.

Nous voyons d'un côté une demande des assurés toujours croissante, et de l'autre, un assureur qui leur offre des possibilités nouvelles, le commerce des assurances devait connaître un prodigieux développement. Et les assurances vont s'appliquer à un nombre de risques toujours plus étendu : assurance contre les accidents, assurance responsabilité... Et en dehors de tous les risques classiques, que nous ne voulons pas énumérer, leur dynamisme est tel qu'on les voit se charger de risques très curieux, comme le risque de pluie pendant les vacances ou tout récemment à Londres, le risque d'abdication du Roi.

Faisons alors un retour en arrière. Si nous considérons le chemin parcouru depuis le temps où se pratiquait le simple déplacement du risque dans le contrat de transport, jusqu'à nos jours, où il n'existe pour ainsi dire pas d'événements malheureux qui ne puissent faire l'objet d'un risque d'assurance, n'est-il pas permis de penser que dans un avenir assez proche, l'homme aura obtenu la sécurité totale ?

Déjà, en 1901, M. Bosc (1) disait : « Bientôt, elles (les assurances) engloberont, semble-t-il, tout préjudice, quelle que soit son origine ; et alors, on sera arrivé à ce résultat, que nulle diminution du patrimoine ne sera soufferte par un particulier sans être intégralement réparée ».

Il est un domaine où elles sont arrivées à ce point, supprimer tout aléa pour l'homme, le domaine de l'assurance responsabilité.

Lorsqu'un individu cause un dommage à autrui, la victime peut lui demander des dommages-intérêts. Pour protéger son patrimoine contre ces recours possibles, cet individu contractera une assurance responsabilité.

Mais la Jurisprudence s'est aperçue, que, le plus souvent, ce n'était pas l'auteur du dommage qui payait, mais son assureur. Et, dans un but d'équité, dans l'intention d'indemniser la victime le plus souvent possible, elle a élargi la responsabilité de l'auteur du dommage ; celle-ci qui, à l'origine, était fondée sur la notion de faute, repose de nos jours sur celle du risque créé.

Avec cette notion de risque créé, on arriverait à des solutions qui paralysaient complètement l'individu, si cette responsabilité n'était pas finalement supportée par l'assurance. L'assurance conditionne donc tout le problème de la responsabilité, on peut même dire qu'elles font une véritable course : A une nouvelle responsabilité émise par les tribunaux, correspond immédiatement une possibilité nouvelle d'assurance, et les tribunaux tenant

(1) M. Bosc : *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse, Montpellier, 1901, p. 269.

compte à leur tour de l'extension des assurances, augmentent encore la responsabilité... et le cercle n'est jamais fermé.

De sorte qu'en cette matière, comme d'ailleurs dans toutes les assurances en général, on peut espérer qu'un jour viendra où tout dommage subi par l'individu sera immédiatement réparé.

Mais, si on analyse comment est obtenue cette réparation, n'est-il pas possible d'élargir encore le débat, de le porter sur un autre plan?

Comment, par l'assurance, arrive-t-on à cette réparation du dommage?

Un entrepreneur, l'assureur, groupe un grand nombre d'assurés, perçoit les primes, et c'est avec le montant de ces primes qu'il verse l'indemnité. Il arrive donc à ce résultat : faire supporter le dommage par une collectivité. Les assurances, au fur et à mesure qu'elles élargissent leur champ d'activité, tendent donc à une socialisation du risque. D'ailleurs, cette socialisation du sinistre n'existe-t-elle pas déjà? Parmi les primes qui contribuent à former l'indemnité, certaines ont été versées par exemple par des commerçants; ces commerçants en ont tenu compte dans leurs frais généraux et ont augmenté le prix de leur marchandise. De telle sorte que les clients de ce commerçant ont participé, quoique non assuré, à la réparation du dommage.

L'interdépendance entre les hommes est telle, que de nos jours, nul ne peut espérer rester étranger au malheur de son voisin. Mais, cette socialisation ainsi obtenue est imparfaite, elle existe à l'état parfait dans cette Société que l'assureur a su grouper autour de lui. L'idéal serait de l'étendre à tous.

Mais, un idéal est toujours quelque chose de difficile à atteindre, et ici il faudrait trancher de nombreuses difficultés.

Il faudrait d'abord, non seulement rendre l'assurance obligatoire pour tous, mais aussi pour tous les risques. Et en supposant que la prime exigée de chacun ne soit pas tellement élevée qu'elle en paralyse l'activité, il faut admettre une intervention de l'Etat. Et c'est à ce sujet qu'apparaissent les difficultés.

« Plus l'association sera vaste, plus les effets du hasard seront peu redoutables et facilement supportés... Dans ces conditions, l'assureur qui, dans un pays se présente tout naturellement à l'esprit comme le plus sûr et préférable en tous points, n'est-ce pas évidemment la collectivité territoriale la plus vaste du pays, c'est-à-dire l'Etat lui-même » (1) disent les auteurs admettant le monopole des assurances. De plus, disent-ils, l'assuré réaliserait une double économie: l'assurance étant obligatoire, les frais de publicité pour le recrutement des assurés disparaîtrait; d'autre part, un seul organisme remplaçant les nombreuses Compagnies, on obtiendrait une sérieuse économie de personnel.

Mais, il est certain, d'un autre côté, que cette nationalisation poserait de graves problèmes internationaux. Et, objection beaucoup plus grave: les assurances ne perdraient-elles pas bientôt, sous des influences démagogiques, cette nature scientifique qui a été à l'origine de leur succès?

(1) Jean COUTEAUX: *Le monopole des assurances: historique, justification, fonctionnement*, thèse, Paris, 1911, p. 67.

D'autre part, si cette extension indéfinie des assurances aboutit à d'heureux résultats en matière d'assurance contre les fléaux naturels, ne présenterait-elle pas, et ne présente-t-elle pas déjà, de nos jours, de sérieux dangers pour les risques dont la réalisation dépend dans une certaine mesure, de la volonté humaine?

Dans un souci d'humanité, pour que la victime soit le plus souvent possible indemnisée, on pousse à une extension toujours plus grande des assurances en cette matière.

N'est-ce pas ne voir qu'une partie du problème? Ne faudrait-il pas se préoccuper aussi de l'auteur du sinistre; cette substitution de responsabilité ne va-t-elle pas le conduire au fatalisme de l'accident?

S'il est bon de vouloir indemniser toutes les victimes, n'est-ce pas payer trop cher ce souci d'équité, que d'en multiplier le nombre dans l'avenir en supprimant chez l'auteur la notion de responsabilité?

L'assuré n'encourt plus, en effet, que la responsabilité morale des sinistres qu'il peut occasionner, l'assurance supportant la responsabilité civile. Nous ne croyons pas porter un jugement trop pessimiste, en disant que, cette seule responsabilité morale, ne peut inciter l'assuré moyen à une prudence suffisante.

Ne devrait-on pas prévoir, sinon une limitation à l'extension des assurances, du moins des modalités d'applications destinées à maintenir pour l'assuré une certaine responsabilité civile?

Beaucoup de personnes considérant qu'il n'y a pas d'autres obligations morales que les obligations légales, on devrait accorder une place plus large à l'idée de faute que le système d'assurance illimitée tend à faire

disparaître. Il suffirait de généraliser les assurances à découvert obligatoire telles qu'elles existent déjà pour certaines fautes professionnelles, et d'exclure certaines fautes lourdes. On pourrait encore, comme prime à la prudence, accorder une réduction progressive aux assurés particulièrement diligents qui n'auraient provoqué aucun sinistre.

Quoiqu'il en soit, les assurances, à l'origine, ne couvraient qu'un seul risque; et si des problèmes restent encore à résoudre en présence de leur prodigieux développement, on peut dire que l'homme approche maintenant de la sécurité totale. Sans préjuger de la forme que prendra leur extension définitive, n'est-il pas permis de penser, qu'un jour, chacun pourra, non pas éliminer le hasard de sa vie, du moins, comme le dit Chaufton, lui assigner sa part.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- ALAUZET. — Commentaire du Code de commerce et de législation.
BENSA. — Histoire du contrat d'assurance au Moyen Age.
Traduit par Valéry.
CHAUFTON. — Les assurances. Leur passé. Leur présent.
Leur avenir. 2 volumes.
COLIN et CAPITANT. — Traité élémentaire de Droit civil.
2^e édition.
HÉMARD. — Précis de Droit civil.
LECHARTIER. — Dictionnaire des Assurances.
LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial, t. II
et VI.
MORIN. — La Révolte des faits contre le Code.
PERSIL. — Traité des Assurances terrestres.
POTHIER. — Des Assurances.
RIPERT. — Traité de Droit civil français. Des Assurances,
par Lepargneur.
— Traité de Droit maritime, t. III, 2^e édition.
SALEILLES. — De la déclaration de volonté.
SUMEIN. — Traité des Assurances.

Thèses

- ANCEY. — Théorie des opérations d'assurance.
BOSC. — Essai sur les éléments constitutifs du délit civil.
Thèse Montpellier, 1901.
BRICARD (Ferdinand). — Les réticences dans les assurances.
BROQUET. — Essai sur l'intérêt économique dans le contrat d'assurance.
COHIN (Marco). — L'abstention fautive.

- COUTEAUX (Jean). — Le Monopole des assurances. Historique, Justification, Fonctionnement. *Thèse Paris*, 1911.
- IVANUS (Nifon). — De la réticence dans les contrats.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — Réserve mathématique des primes dans l'assurance.
- KAHN. — La notion d'aléa dans les contrats.
- LE CLERC. — Nature juridique du contrat d'assurance.
- MONCHARMONT (Henri). — La déclaration du risque dans les assurances terrestres, d'après la loi du 13 juillet 1930.
- L'Assurance pour compte en matière terrestre.
- QUENTIN. — De l'opinion du risque dans le contrat d'assurance.
- STÉFANI. — L'assurance des fautes.
- WEENS (Charles). — Du principe que l'assurance des choses est un contrat d'indemnité et ses applications en matière d'assurances terrestres.
- WEYER. — La prime d'assurances.

Notes et Articles

- Note au Dalloz*, 1881-1-164.
- Note de M. Labbé, au Sirey*, 1883-2-25.
- Note de Planiol*, sous Bordeaux, 9 juin 1893, au Dalloz, 1894-1-161.
- Rapport Lyon-Caen*, sur l'article 35 du projet de loi de 1904.
- Note de M. Hémar*d, sous Cassation, requête 4 novembre 1907, au Sirey, 1908-1-337.
- Revue Générale des Assurances terrestres*, 1930. La loi de 1930 sur les Assurances, par M. Capitant, p. 759.
- Revue Générale des Assurances terrestres*, 1932. La notion d'intérêt, par M. Vanard, p. 699.
- Revue Générale des Assurances terrestres*, 1934. Du choix du risque dans l'assurance sur la vie sans examen médical, par Marcel Cosmao-Dumanoir, p. 257.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 12 Février 1937
Le Recteur : TAILLIART.

Montpellier, le 12 Février 1937
Vu : le Président de la thèse,
G. MORIN

Montpellier, le 12 Février 1937
Vu : le Doyen de la Faculté
de Droit, G. MORIN.

